1. UNQUE PARECIERA CONVENIENTE, Y necessario el entrar haciendo una extensa relacion de todo el hecho de los Autos, porque de ellos, y de su inspeccion resulta el derecho, *ut ex L.52. Si ex plagis. §. In elivo Capitolino, ff. ad Leg. Aquil.* ibi: *In causa jus esse positum.* Leg. *In civile 24, ff. de Legib.* ibi: *In civile est, nisi tota lege perspecta, una aliqua ejus particula proposita, judicare, vel respondere.* Y son mas utiles, mejores, y de mas peso los fundamentos, que de èl salen, que no del derecho, como fue dictamen del Eminentissimo Luca, siguiendo en esto al comun, de Emphyteusi, disc. 2. n. 3. *Semper longè meliora sunt, quando haberi possunt, motiva facti::: unde per ora peritorum forensium volitare solet dicterium, majoris ponderis, ac valoris esse unam unciam dicti, quam centum libras juris.* Sin embargo no tomarèmos este precisso trabajo, por constarnos haver Memorial ajustado à los Autos, y solo expondrèmos el que fuesse necessario para la inteligencia de las questiones de derecho, aplicando las circunstancias, *pro exigentia casuum.* Con lo que quitarèmos parte de molestia en lo dilatado deste Informe, en que procurarèmos la brevedad, que nos sea possible, sin omitir cosa substancial, que parezca, se deba tener en consideracion *por, ò contra* los Herederos de D. Ana Serrano, y Don Blàs Blasquez Davila, como Dueños de un tributo de 8800. rls. de plata de principal, y sus reditos, que paga el Oficio Vara de Padre de Menores.

EXTRACTO DEL HECHO DE LOS AUTOS SACADO del Memorial.

2. EN 25. de Diciembre de 1656, Don Domingo Pieragullano, y su muger Doña Maria Nicolasa Castellon impusieron sobre todos sus bienes, y especialmente sobre dicha Vara un tributo de 12000. rls. de plata à favor de Christoval del Castillo, Menor, con especial hypoteca de una Hacienda, que posseìan en Bollullos, con las clausulas regulares, pacto absoluto de no enagenar, y clausula irritante: la que despues en 3. de Febrero de 1659. los mismos Imponedores vendieron à Don Juan, y Don Alvaro Gil de la Sierpe, con la obligacion de reconocer el tributo desde 1. de Enero, y redimirlo dentro de tres años, para que el Oficio, y Vara quedasse libre, y ademàs en precio de 3600. rls. de contado. *Memorial num. 1. y 2.*

3. El referido tributo recayò por muerte de Don Christoval, su Dueño, parte en su muger Doña Ana Serrano, y parte en su hijo Menor Don Juan del Castillo, y por su muerte vino à recaer en la dicha Doña Ana,

Ana, quien casò de segundo Matrimonio con Augustin Romero; y despues con el Lic. Don Juan Perez de Ribera, Avogado, y Relator de la Real Audiencia, y en los hijos deste Matrimonio, que litigan: quienes han vendido el principal del tributo à Don Blàs Blasquez, y los reditos vencidos, segun el quanto, que se declarare por la Real Audiencia, y en cierta forma. Y la Vara, y Oficio se vendiò por libre del dicho tributo por la referida Doña Maria Nicolasa, ya viuda, en 23. de Abril de 1675. à Don Fernando de Villegas, del Orden de Santiago, en cierto precio, y con otras pensiones, y obligaciones, que no son del assumpto: quien lo vinculò con otros bienes en 11. de Septiembre de 676. De cuyo Vinculo es actual posseedor el referido Don Miguèl, marido de Doña Theresa de Hermosilla, y antes lo fue su Padre. *M.* 3. 4.

4. Don Juan, y Don Alvaro Gil no cumplieron en el todo con su obligacion de redimir, pues solo en 6. de Agosto de 1668. redimieron, y entregaron à Augustin Romero, y Doña Ana Serrano 400. pesos de plata en cuenta de la parte, que pertenecia à esta, y le otorgaron Escriptura de redempcion de ella, dexando libre la Heredad, y Oficio en dicha cantidad, y los demàs Instrumentos de imposicion en su fuerza, y vigor para usar de ellos, como les conviniesse. *M. n. 6.*

5. Doña Maria Nicolasa Castellon siguiò Autos executivos, desde 12. de Marzo de 674. por los 8800. rls. de plata, resto del principal, y sus reditos, para quedar libre de la imposicion; y obtuvo en el mismo año sentencia de remate del Juez Ordinario por èl (aunque no por los reditos, à causa de cierto embargo, que tenian) el que mandò, se le entregasse à la dicha D. Maria Nicolasa, para que lo redimiesse à parte legitima, y que cumpliesse Don Alvaro con depositarlo en el Depositario General. Cuya sentencia, aunque fue apelada à la Real Audiencia, assi por injusticia notoria, como por la calidad de si el Deposito havia de ser en plata, ò vellon con premio de 50. por 100. porque à esto ultimo se allanò Don Alvaro ante el Juez Ordinario, quien no le quiso oìr sobre ello; y ante quien saliò tambien, despues de dicha sentencia, Doña Ana Serrano, pidiendo su principal, y que no se depositasse; sin embargo se confirmò, haviendose tomado un pleno, y ordinario conocimiento de causa, por sentencia de Vista del año de 676. y de Revista del año de 677. *M. n. 7. al* 12.

6. Esta Sentencia tuvo dos nuevas qualidades, que se reduxeron à que el remate fuesse por la parte del Censo, que pertenecia à Doña Ana Serrano, quedando impuesta sobre la Heredad la parte, que tocaba à su Hijo menor: y à que desde el dia, que saliò Doña Ana, no cobrasse reditos, y que los que huviesse cobrado, los imputasse con el principal, y los corridos hasta el dia, que saliò, se le pagassen en vellon, con el premio de 10. por 100. *M. n.* 12.

7. Doña Ana Serrano, ya viuda de Augustin Romero, que havia

salido

ſalido ante el Juez Ordinario, deſpues de la Sentencia de remate, y que havia continuado ſola las inſtancias de Viſta, y de Reviſta, porque deſde el punto, que ſaliò, deſamparò los Autos Doña Maria Nicolaſa Caſtellon, ſin que ella, ni ſus Herederos haſta oy hayan vuelto à ſalir, ſuplicò deſta novedad, y continuò la ſuplica ſu tercer marido el Lic. D. Juan Perez de Ribera haſta el año de 683. que en 14. de Octubre ſe remitiò en diſcordia el pleito, ſolo en quanto al conque de imputacion de reditos con el principal, deſde el dia, que ſaliò Doña Ana Serrano. En cuyo eſtado ſe quedaron los Autos, haſta el de 720. que el miſmo Don Juan Perez, viudo de Doña Ana, y en nombre de ſus hijos, reproduxo la Eſcriptura de Cenſo, pidiò execucion, y ſe ſubſtanciò, y por opoſicion, que hizo al embargo de la Vara Don Miguèl Tello, el Mayor, ſe mandaron levantar los embargos, y que el Actor pidieſſe en via ordinaria, por Auto de 19. de Diciembre del miſmo año, que causò Executoria. *M. n.* 13. *y* 14.

8. En virtud de ella los hijos, y herederos de dicho D. Juan Perez, y Doña Ana Serrano en el año de 725. puſieron demanda à la Vara, y ſus poſſeedores, para que ſe declaraſſe afecta al tributo, y ſus reditos, y ſe les reconocieſſe. Y aunque ſe notificò varias veces al dicho D. Miguèl Tello, el Mayor, por no haver ſalido, ſe ſiguiò en rebeldia la inſtancia de Viſta en la Real Audiencia, y ſubſtanciada, huvo Auto en 9. de Julio de 1735. por el que ſe diò por libre à D. Miguèl, y à la Vara del tributo, y ſe mandò, que los Dueños de èl procedieſſen contra la Hacienda de Bollullos, bienes de D. Juan, y D. Alvaro Gil de la Sierpe. Y haviendo ſuplicado los referidos Dueños, y ſubſtanciadoſe la inſtancia de Reviſta con Don Miguèl Tello de Villegas, el Mayor, huvo Auto de 20. de Diciembre de 736. por el que en atencion à los nuevos Autos preſentados en ella, ſe reformò el de Viſta, y ſe mandò; que el poſſeedor de la Vara reconocieſſe el Cenſo à favor de los herederos de Doña Ana Serrano, haſta en la cantidad de 8800. rls. de plata de principal, y que los de D. Juan, y D. Alvaro Gil depoſitaſſen la miſma cantidad, para que ſe redimieſſe eſte Cenſo por los Dueños de èl. *M. n.* 15. *al* 21.

9. Don Miguèl de Villegas Tello, el Mayor, reconociò el tributo, y los herederos de Doña Ana Serrano en el año de 737. pidieron, ſe declaraſſe deberſeles pagar reditos, y coſtas, ſobre que no ſe havia dado providencia en la Reviſta: y ſubſtanciado eſte articulo, por muerte de D. Miguèl de Villegas, el Mayor, con el Succeſſor, y en ſu nombre, por eſtàr auſente, con Doña Thereſa de Hermoſilla, ſu muger, habilitada por el Juez Ordinario, y à quien tambien la Real Audiencia en caſo neceſſario habilitò, recebida la cauſa à prueba, y deſ-

pues

pues de ella salido su Marido, por haver venido en este tiempo , conclusos los Autos; por uno de 27. de Agosto de 38. se declarò, que en el Auto de Revista de 20. de Diciembre de 36. que causò Executoria, estàn comprehendidos los reditos del Censo, y que en su consequencia las partes usassen de su derecho. *M. n. 22. al 29.*

10. Los herederos de Doña Ana Serrano pidieron execucion por nueve años, y dos tercios, y substanciada con el posseedor D. Miguèl Tello, el Menor, cayò sentencia de remate, y despues de ella en el mismo año de 38. pusieron demanda por 17613, y med. rls. de plata, reditos de 50. años, vencidos hasta Diciembre de 728. Y por un Otrosi, que se declarasse, que cada real de plata debia ser, no de à 2. rls. de vellon, como los regulares, sino de à 2. y medio, segun el valor de la ultima moneda mandada fabricar. Y por no tener Fiador, segun la Lei de Toledo, pidieron se notificasse la sentencia de remate. *M. n. 29.*

11. Don Miguèl de Villegas Tello, el menor, se opuso à dichas pretensiones, pidiendo, se le diesse por libre, y à su Mayorazgo de la demanda, y que se declarasse, que cada real de plata de los que debiesse pagar, en todo rigor del tiempo de su possession, debia ser del valor de real, y medio de vellon, que tenian al tiempo de su imposicion: y suplicò de la sentencia de remate, y conclusos los Autos, se quedaron vistos en 20. de Noviembre de 738. sin haver providencia sobre alguna de dichas pretensiones. *M. n. 29.*

12. En este estado, estando otra vez ausente D. Miguèl Tello, el menor, saliò su muger Doña Theresa de Hermosilla, por Marzo de 739. habilitada por la Justicia, y como Curadora de sus hijos, y de su Marido, pretendiendo, se absolviesse, y diesse por libre al Oficio del referido tributo, y que se mandasse, que los herederos de Doña Ana Serrano siguiessen la accion, que principiò la imponedora Doña Maria Castellon, y siguiò la dicha Doña Ana, y D. Juan Perez de Ribera, su tercero marido, contra la Hacienda de Bollullos (la que se supone estàr oy destruìda, y vendida en el Concurso de D. Alvaro Gil, como consta en los Autos, pues à este Concurso estàn acumulados los que actualmente se siguen, desde el año de 720. por el Auto, en que se revocaron los procedimientos executivos sobre la cobranza de reditos del Censo, y se mandò, que el Lic. Don Juan Perez de Ribera, pidiesse en via ordinaria, de que se hace mencion *num.* 7.)

13. Esta nueva demanda se ha seguido entre la referida Doña Theresa, y los herederos de Doña Ana Serrano, quienes han pedido, se declare no estàr obligados à responder, y se multe à la contraria, y se determinen los Autos en los Articulos, que estàn vistos, y por determinar, desde 20. de Noviembre de 738. de que se hace mencion

cion *suprà num.* 11 :: alegandose *ad invicem* en prolixos, y dilatados pedimentos los fundamentos, que cada parte tiene para su pretension, q̃ por su difusion omitimos aqui, à reserva de reasumirlos , segun la necessidad occurriere. Pero no podemos dexar de expressar por punto fixo, è inconcusso, que todas las alegaciones de una, y otra parte se reducen à razones deducidas de los Instrumentos, y hechos, que hasta aqui vàn relacionados; ò por mejor decir, no se ha presentado nuevo instrumento, que conduzga à la extinccion, redempcion, ò novacion del Censo, mas, que los que resultan de los Autos hasta las Executorias del año de 736. y 38. que constan *suprà num.* 8. *y* 9. *M. n.* 30. *al* 35.

14. De esta verdadera relacion del hecho , y estado de los Autos, que oy se siguen entre los Herederos de Doña Ana Serrano, y Don Blas Blasquez, y Doña Theresa de Hermosilla, habilitada en representacion de su ausente Marido, actual Posseedor, no nos parece, se pueden deducir por principales puntos, y questiones de derecho otros, que los siguientes. 1. Si ay, ò no cosa juzgada, assi sobre el principal del tributo, como sobre sus reditos, al menos *in genere*, por no estàr determinado, quantos se deban. 2. Si en el caso, que no aya Executoria, sino que se estuviesse oy litigando la subsistencia del tributo , y reditos, se debia declarar afecta à ellos la Vara, y Oficio. En cuyos dos puntos dividirèmos nuestro Informe, por lo que mira à lo principal, que se litiga ; y en cada uno de ellos las questiones subalternas , que nos parecieren precissas para dàr una clara idèa de la justicia, que assiste à los Dueños del tributo. Reservando para despues dàrla en otros Articulos sobre assignacion de alimentos, el quanto de la Renta , que debe pagar la Vara, y Oficio de Padre de Menores, y sus incidencias.

PVNTO PRIMERO.

FUNDASE HAVER COSA JUZGADA SOBRE LA SUBSIStencia del principal , y reditos del tributo de 8800. reales de plata impuesto sobre el Oficio , y Vara de Padre de Menores.

15. LUego que con reflexion se aya leido el hecho , que llevamos expuesto, no nos parece, que havrà alguno, que dude, sobre si ay cosa juzgada , por lo notorio de la providencia de Revista dèl año de 36. respecto del principal, y la Declaratoria desta, que causò Executoria, que fue el año de 38. en quanto à que se debian reditos, al menos *in genere*. Y assi entramos con

violencia à fundar en derecho, aunque con la brevedad possible, que dichos Autos son Executorias: y por consiguiente la fuerza de ellas, para que no se deba, ni pueda tratar sobre estos puntos: por tener presente el consejo del Cardenal de Luca *de Regalib. disc. 160. num. 26.* *Cùm semper imprudens consilium sit Advocatorum, & Patrocinantium ::: se trahi ::: ad disputandos articulos juris ::: ut plurimùm dubios, & periculosos, ob tantam scribentium, & opinionum varietatem, dum quæstio removeri potest ex facto, ut in præsenti secutum fuit, dum cum solo facto dicta prætensio superata fuit.*

16. Sin embargo no podemos dexar de hacer presente la *ley 3. tit. 19. lib. 4. de la Recopil.* ibi: *Despues que fuere el pleito librado por suplicacion, por el Juez, que fuere dado por Nos, ninguna de las partes se pueda querellar de la sentencia, que èl diere, ni suplicar de ella, ni decir, ni alegar contra ella, que es ninguna: Y si lo dixere, ò razonare, que no sea oido sobre ello.* Y la *ley 3. tit. 17. lib. 4. de la Recopilacion*, que previene, que quando *algun pleito fuere determinado en la mi Audiencia por sentencia dada en grado de Revista, sea luego tal sentencia executada, y llevada à execucion con efecto en todo, y por todo; no obstante qualesquiera oposicion, ò excepcion, de qualquier natura, que sea, que la parte, contra quien fuere dada, opusiere, dixere, ò alegare en qualquier manera.* Y por dexar dicha Lei algun recurso *à la parte, si lo tuviere,* para que lo alegasse despues de la execucion, se siguiò la *ley 4. ejusdem tit.* que prohibiò la nulidad, aunque fuesse de competencia, ò defecto de jurisdiccion, aunque de ella constasse notoriamente en los Autos, *ni para impedir la execution de las tales sentencias, ni para que despues de executadas, se pueda tornar al pleito: Y que por las dichas sentencias se entiendan ser acabados, y fenecidos los dichos pleitos; sin que se puedan tornar, ni suscitar, ni tratar en manera alguna.*

17. A esta ley se siguiò la *9.* del mismo titulo, que recopilandola, y expressando haver acaecido duda, si por ella estaba quitado el remedio de la restitucion, por no haverse hecho de èl especial mencion, *sobre que ha havido diferentes pleitos, en gran daño de la causa publica,* determinò, que en las palabras de la dicha Lei *quedò comprehendido, y quitado el remedio de la restitucion in integrum, assi la que compete à los Menores, Universidades, y demàs personas privilegiadas, como la que por justas causas concede el derecho à los mayores; aunque ambas concurran en una misma persona.*

18. Nos parece, no se necessita de mas apoyo, y authoridad para comprehender, que las referidas dos Providencias causaron Executoria. Y si alguno necessitare, ò pidiere otra, no nos hemos de detener en esto, remitiendole al Magro, *Index de la Nueva Recopilacion,* *verb.*

verb. Sentencia, ex n. 20. ad 22. y à Castexòn *n.* 25. *&* 43. donde hallarà quantos Regnicolas de primera authoridad han escrito sobre lo referido; pues à nosotros todo nos sobra, con las decisiones de las Leyes, en que no cabe mas authoridad, y con la viva voz de la Sala, que en su Auto de 27. de Agosto del año de 38. *num.* 9. declarò ser Executoria el Auto de Revista de 20. de Diciembre de 736. que està relacionado *num.* 8. Y cuyo Auto declaratorio es otra Executoria, como parte de la principal, y con los mismos efectos, *ut probat D. Salgado de Protect. p.* 4. *c.* 5. *n.* 68.

19. De esta proposicion elemental de nuestro derecho Patrio se toma passo para la question movida entre los primeros AA. de la Facultad, asi Regnicolas, como Extrangeros, *utrùm* aya recurso contra la cosa juzgada, ò por instrumentos, que nuevamente se hallassen, ò porque se descubrieron falsos los instrumentos, y testigos, en cuya virtud se pronunciò, ò por otros medios. No hemos de molestar al Lector con muchos AA. solo le darèmos algunos principales, que citan à los demàs. El mas especial, que *ex proposito* tomò esta materia entre manos, fue el Escobar *de Puritat. p.* 2. *q.* 4. *tit.* 1. 2. *&* 4. §. 1. *&* 2.

20. Este Author con el motivo de escribir sobre la Pragmatica, que havia salido en su tiempo, oy *ley* 35. *tit.* 7. *lib.* 1. *Recop.* que determinaba la prueba, y actos necessarios para calificar la nobleza, y limpieza, sobre la que fue haciendo Glossas desde la *quæst.* 1. de la *part.* 2. entra en la *quæst.* 4. *art.* 1. à tratar la authoridad, que merece la cosa juzgada, recopilando quanto selecto, y especial se ha dicho sobre esto. Y reduce en substancia à interesse del publico por su paz, y tranquilidad, que es la suprema ley, el que los pleitos se acaben por las determinaciones, y que sobre ellas à nadie se le oiga: porque la Executoria, ibi *num.* 18. *Rem evidentem, & certam constituit* : : : *notorium, & manifestum facit* : : : *num.* 19. *Estque natura altera novum jus, & originem creans* : : : *facit ens de non ente, de vero falsum, & de falso verum, & de indebito debitum, & è contra.*

21. *Num.* 20. *Purgat quodcumque rei, & litis vitium* : : : *N.* 22. *præsumptionem juris, & de jure constituit* : : : *N.* 25. *Non de illa; sed secundùm illam judicandum* :. : *N.* 26. *Nec attendi debet justitiæ, sed sententiæ* : : : *Num.* 28. *Et ulteriùs partes audiri non valent, nec litem contestando* : : : *nec aliter secundam litem statuendo.*

22. Trae para su comprobacion el lugar del Catholico, y Erudito Secretario de Theodorico, Magno Aurelio Casiodoro *lib.* 1. *var. ep.* 5. que aunque comun en esta materia, merece el repetirlo aqui: *In immensum trahi non decet finita litigia: quæ enim dabitur discordantibus pax, si nec legitimis sententiis acquiescitur? (Unus enim inter procellas humanas*

portus

portus instructus est; quem si homines fervida voluntate prætereunt; in undosis jurgiis, semper errabunt.

23. Authoriza su dictamen, y la universal resolucion de todos los A.A. con muchos textos del Derecho Civil, que omitimos, y se pueden reconocer en èl, y en los dos titulos *D. & C. de re judicat.* Cita por nuestro derecho la *ley 9. tit. 6. partit. 6.* cuya lei nada dice en el assumpto, y damos por su equivalente la *19. tit. 22. part. 3.* ibi: *Afinado el juicio, que dà el Judgador entre las partes derechamente :::: ha marabillosamente gran fuerza, que dende adelante son tenudos los Contendores, è sus herederos de estàr por èl.* A que agregamos las palabras de las *leyes 3. 4. y 9. tit. 17. lib. 4. de la Recopil.* y de la *3. tit. 19. lib. 4.* que dimos à los *num. 16.* y *17.* que absolutamente prohiben todo recurso contra la cosa juzgada.

24. Y ultimamente las de la ley ultima en su publicacion, que fue en el año de *623.* y es la referida *35. tit. 7. lib. 1. §. 3.* Ibi: *Y porque haviendo en todas las materias limite, y termino, que las califique por ciertas, para que de alli adelante se tengan por tales, desde que estàn passadas en cosa juzgada :::: que los efectos de odio, y malicia, que cada dia se experimentan, sean mas poderosos, que la authoridad de la cosa juzgada: y que la vehemente presumpcion de verdad, que induce, contra la qual apenas hallaron entrada las leyes* : En que gustosos nos detuvieramos ponderandolas, si no temieramos, que nuestras expressiones la quitaran su virtud, y viveza; pues no cabe mas ponderacion, que el que la ley misma manifieste, que *apenas hallaron entrada las leyes contra la cosa juzgada, y vehemente presumpcion de verdad, que induce.*

25. Y passando dicho Author, con lo que dexa fundado al *art. 4. ejusdem quæst. §. 1.* inquiere, *an jure communi dentur causæ, ex quibus res judicata infringi valeat, & quæ sint.* Y tratando la duda *n. 1.* por 4. medios: 1. por instrumentos hallados de nuevo. 2. por Testamento hallado nuevamente. 3. Si la sentencia fue proferida por probanzas privilegiadas, si se pueda retractar por nuevos instrumentos. 4. Si la cosa juzgada se fundò en instrumentos, y testigos fallos. Y trayendo los fundamentos *pro, & contra,* sigue desde el *num. 11.* hasta el 20. la opinion de no poderse retractar la cosa juzgada por nuevos testigos, ni instrumentos, satisfaciendo los fundamentos contrarios desde el *num. 21.* al 43. Y la misma resolucion lleva en la *2. part.* aunque parezca nuevamente algun testamento contrario à la cosa juzgada, desde el *n. 43.* al 51. satisfaciendo desde este *num.* al 67. à los fundamentos contrarios. Y solo en las dos partes ultimas de pruebas privilegiadas, y testigos, ò instrumentos falsos admite el recurso contra la Executoria, por los textos terminantes para el 3. caso en la *ley 15.* y *25. tit. 11.*

partit.

partit. 3. y para el 4. por la 13. *del tit.* 22. *ead. partit.* y la 1. y 2. *tit.* 26. *ead. partit.* como lo evidencia *dict. tit.* 4. §. 1. *ex n.* 68. & 89. *ad fin.*

26. No contento con esto este Author, passa al §. 2. siguiente à indagar, sin embargo de lo que dexa fundado, y hemos expuesto, y de la generalidad, ò absoluta prohibicion de su Pragmatica, oy *L.* 35. *tit.* 7. *lib.* 1. *Recopil. An jure assignari possint causæ, ex quibus ::: tres actus positivi subverti, vimque amittere valeant.* Y confessando la grave dificultad desta question, sin embargo lleva al *n.* 13. por causa la falsedad de instrumentos sobre que se fundò, unida con el dolo, y fraude del pretendiente; pero no la falsedad por sì sola, y separada del dolo; y otra causa al *n.* 32. que es la nulidad notoria en la sentencia, ò en el processo, en la forma, que explica, y entiende hasta el *num.* 76. final.

27 Solo podemos agregar al dictamen tan fundado del Escobar, que los AA. que quisieron llevar la opinion contraria, sobre que pareciendo nuevos instrumentos, se puede retratar la cosa juzgada, proceden en esto con tal timidez, y escrupulo, que solo quieren, se practique su opinion en un caso de instrumento nuevo, tan claro, como la luz del medio dia. Damos por prueba à Fontanela, que es el mas lato, que hemos visto fundar la opinion contraria, en 4. Decissiones, desde la 174. à la 177. *inclusivè*, y en esta al *num.* 5. dice: *Notanter posuit Senatus illa verba*; & per inspectionem instrumentorum facit constare notoriè de solutione: *quia aliàs, si esset obscura, non proficeret ::: adversùs rem judicatam, nisi ex causa nova, quæ faciat evidentissimè constare, ac notoriè de injustitia rei judicatæ ::: quando volueris contra rem judicatam agere, ut scias, quod eligendum remedium, an istud, vel illud,* AN NULLUM, QUOD ERIT SECURIUS, *nisi cum luce meridiana clariore venias probatione, quod vix succedit unquàm:* QUIA SENATUS NON ITA JUDICAT, UT HÆC IMPUTARI EI VALEANT; *nisi succedat iste casus instrumentorum noviter repertorum, in quibus, sicut hic, stat clara partis succumbentis justitia,* & ADHUC IN HOC TANTA DIFFICULTAS, *ut vidisti.*

28. Hemos traido el contexto de los tres §§. antecedentes, assi para que se reconozca, quan dificil, ò ninguno es el recurso contra las Executorias, como para que se haga juicio del tomado por D. Theresa de Hermosilla, que no siendo alguno de los que se disputan entre los AA. se ha querido valer para fundar su accion llana, *de qua supra num.* 12. y abolir un Auto de Revista, y otro Declaratorio, de la authoridad del *Sr.* Salgado, y su opinion establecida en varias partes de su Obra, en la de *Protect. p.* 4. *cap.* 3. *ex n.* 200. & *c.* 8. *en la de Supplicat. p.* 1. *cap.* 12. *per tot.* Y ultimamente *in Labyrint. p.* 3. *cap.* 1.

 per

per tot. en cuyo lugar recopilò quanto havia dicho, y fundado en los antecedentes. Pero *ut nil intactum relinquamus*, aunque se proceda en este punto con alguna extension, manifestando el dictamen deste celebre Author, èl mismo ha de comprobar la fuerza de la cosa juzgada, y la exclusion total de la defensa contraria.

29. Con el motivo de ventilar el Sr. Salgado *dict. c.* 1. *An debitor, vel creditor aliquid noviter opponere valeat, quod vel jus creditorum infringat, vel graduum ordinem subvertat, rei judicatæ exceptione minimè obstante*, trata, quando las nuevas pretensiones de los que procuran ir contra la cosa juzgada, se deban oir: y para la decision desta materia constituye al n. 2. y 4. dos reglas. La primera, quando se trata nuevamente *de eodem jure, aut exceptione*, de que antes se havia tratado, sobre que cayò la sentencia: en cuyo caso *nullo modo potest iterùm controverti, nec admitti, rei judicatæ exceptione obstante*. La segunda, *quando* CAUSA, ET JUS, *quo nunc agit debitor, aut creditor, non fuit deductum, nec de eo cognitum inter partes, & judicem in priori judicio*: en cuyo caso lleva, y funda por todo este capitulo, y en el 12. 1. *part. de Retent.* à que se remite, que se puede tratar, y litigar por esta nueva causa, ò derecho, como diversa, y distinta de la litigada: y que el vencido por la Executoria debe ser oìdo, ò ya en el caso de haver adquirido despues de la cosa juzgada la nueva causa, ò derecho, ò en el caso de que la tuviesse antes de la cosa juzgada; pero no la huviesse deducido, y tratado, sino usado de otra distinta.

30. Esta opinion, y dictamen adelantò este Doctissimo Author *dict. c.* 12. *n.* 5. à los terminos de que la causa, que se propone contra la Executoria, se huviesse deducido *simul* con aquella, sobre que cayò la Executoria; *non tamen prosecuta, nec de ea specialiter cognitum, & agitatum*. Y este fue todo el trabajo, que impendiò en estos capitulos, manifestando su opinion con varios exemplos, authoridades, y decissiones, de que serà precisso dàr alguna noticia para desimpressionar à D. Theresa de Hermosilla, y aquien fuesse de su dictamen, sobre, que la expression de mas, ò menos alegaciones, ò la mayor, ò menor extension de ellas sobre una misma causa, y derecho deducido en juicio, y sobre que cayò la Executoria, no es capaz de subvertirla; ni tal pensò fundar el Sr. Salgado: pues todo su trabajo, y concepto cayò no sobre nuevas alegaciones, ò su extension; sino sobre nueva causa, y nuevo derecho: y en una palabra sobre nueva accion, no tratada plenamente en el pleito.

31. Prueba de ello son los exemplos, que trae *dict. c.* 12. *ex n.* 11. de haver caido la cosa juzgada contra uno, como Successor de Dignidad, ò Mayorazgo, contra los quales *indubiè nocet res judicata legiti-*

gitimè *obtenta contra possessorem.* Pero si despues se opone *alio diverso jure, & causa,* se debe admitir. Lo mismo dice *n.* 13. con la Executoria ganada contra uno, la que daña à su heredero, como no venga por otra causa, *puta Majoratus. Num.* 16. con las Executorias ganadas contra un Administrador, que *ex jure proprio, & causa diversa* puede venir contra la Executoria, por la razon *n.* 18. de no haver las tres identidades de causa, persona, y cosa, *verè, vel interpretativè n.* 20. que concurriendo esto, perjudica à todos.

32. Trae por exemplo *n.* 21. con la ley *Julianus, ff. de except. rei judic.* si uno pidiò como heredero una alhaja, y fue vencido, y despues pide toda la herencia: y con la ley *Si quis cum toto, ff. eod.* quando uno suponiendose heredero, reconvino al Deudor hereditario, y fue vencido *eo, quòd non sit hæres*; y despues pide toda la herencia: porque le obsta la cosa juzgada. Y asi, aunque se trate de distinta cosa, como la accion, y defensas sean las mismas, que las tocadas en el primer pleito, obsta la cosa juzgada. Y lo mismo *num.* 22. quando *actio est diversa; sed idem est medium concludendi*, con la ley *Si mater, §. eadem, ff. de except. rei judic.* y con el Sr. Castillo *Controvers. tom.* 5. *c.* 104. *n.* 28. ò si la accion, ò excepcion mira à pedir cosa distinta de la litigada, como penda de una misma fuente, y origen. Y asi previene *n.* 23. con el mismo Sr. Castillo, *hoc enim potissimum in exceptione rei judicatæ erit, ut totum à causa, id est, origine petitionis dependeat.*

33. De estos mismos principios, y reglas deduxo *dict.* 3. *part. Labyrint. c.* 1. *ex n.* 5. si eran adaptables al caso de haver salido à un Concurso un Acreedor presentando los instrumentos de su credito, y tratadose solo el punto de si era, ò no Acreedor, y caido Executoria, dandole lugar posterior à otros, contra quienes pretendiò ser anterior: pues entrando à fundar *pro, & contra,* llega al *num.* 28. y distingue, si antes de la Executoria, como es regular en el Concurso, se tratò de la prelacion: que entonces no se le puede oir; al contrario, quando se tratasse irregularmente, si era Acreedor, ò no, ò era, ò no hypothecario: pues entonces quedaba pendiente el derecho, ò accion de prelacion, no deducido, ni contradicho; sin embargo de que el Juez lo determinasse: *ex L. duobus, ff.* 19. *& penult. §. Latinus Largus ff. de except. rei judic.* porque la determinacion recayò *ultrà petita, & ultrà libellum,* ni con el debido conocimiento de causa.

34. En comprobacion de su especial opinion, que llevò en el *cap.* 12. *de Supplicat.* y dexamos expendido *supr. ex n.* 30. sobre que no es bastante haver manifestado todas las causas al principio, si no se prosiguieron, reasume esta su opinion desde el *n.* 35. *dict. cap.* 1. expendiendo la *L. An eadem caus.* 14. *§.* 2. *ff. de except.* y especialmente

la

la 24. y 25. *tit.* 2. *partit.* 3. que literalmente deciden esta materia: pues la 24. habla en caso de ser uno absuelto de la demanda, en que se le pedia alguna cosa, por no tener derecho el demandador; quien si vuelve à demandar, ù otro en su nombre, no se le debe responder. Y la 25. previniendo las circunstancias, que deben tener las demandas, y especificacion de la cosa, que se pide, llega à tratar de la accion, que debe deducir, ibi: *Pero mucho se debe guardar el demandador, quando la cosa demanda por suya ::: que si sabe la razon, porque huvo el señorio de ella, assi como por compra, donadio, ò por otra manera qualquier, que aquella ponga en su demanda. Esto tuvieron, que era derecho por dos razones. La primera, porque ::: mas de ligero lo puede despues probar, è otrosi mas en cierto puede ser dado juicio sobre ella. La segunda, porque si acaeciesse, que el demandador non pruebe aquella razon, que puso en la demanda, porque decia, que era suya, que la puede despues demandar por otra razon, si la huviere; è non le embargarà el primero juicio, que fue dado contra èl sobre aquella misma, pues que por otra razon la demanda, que non hà que vèr con la primera. Esto se entiende, seyendo librada la razon primeramente por el que decia, que era suya ::: mas si el demandador ficiesse su demanda generalmente razonando la cosa por suya, no poniendo alguna razon señalada, porque huvo el señorio de ella, si fuere dada la sentencia contra èl, porque non la pudiesse probar, non la puede despues demandar en ninguna manera. E esto es, porque alli, dò la demandò generalmente, encerrò todas las razones, por que la podia demandar.*

35. Con estos textos, y razones, que trae *n.* 42. al 46. contrahe para su explicacion, y claridad al *n.* 47. el caso sucedido en la Real Chancilleria de Valladolid de haver salido diferentes Acreedores de emphyteusi al Concurso de su deudor, y tratado solo el pago, y grado en sus bienes, sin tocar en lo especifico de la emphyteusi de cada uno, y caido la Executoria à favor de uno, à quien se le diò primer grado, quien procuraba ser pagado primero, que los demas: à que se opuso el colitigante Acreedor, pretendiendo prelacion en su emphyteusi, en que obtuvo, por no haverse tratado en el Concurso este punto; sino solo el general de la prelacion en los demàs bienes del deudor: *ut fundat ad n.* 54. Y por la misma razon trae à este num. otro caso sucedido en la misma Chancilleria de un Acreedor Cessionario, que saliò à Concurso, y pidiò grado solo en fuerza del instrumento de la cession, que se le havia hecho, sin presentar los primitivos del Censo, que se le havia cedido; y sin embargo de haversele dado el lugar posterior à otros Acreedores por Executoria, obtuvo contra ella, manifestando los instrumentos primitivos, y pidiendo el grado en su virtud, causa, y origen.

36. Ultimamente, trae desde el *num.* 55. otro caso mas particular de haver un Posseedor de dos Mayorazgos, llamados de Alva, y Villàda, impuesto un tributo en virtud de Facultad Real, que tenia para obligar el de Villada; y haverse tenido por comprehendido en la imposicion el de Alva, dando à ello motivo la Escriptura de imposicion, y el hecho de haverse estado pagando el Censo de este Mayorazgo, ò Estado por su Posseedor, haviendose separado ambos Mayorazgos, y concursadose el de Alva, y obtenido Executoria de pago, y grado el Acreedor Censualista; y sin embargo de haverse presentado todos los instrumentos de la legitimacion del Censo, y controvertidose la prelacion, y grado, se oyò al Posseedor de este Estado, y Mayorazgo, contra la Executoria, por la nueva causa no tocada en el primer juicio de no estàr afecto al tributo su Mayorazgo; sino solo el de Villada, segun la Facultad Real, de que no se havia tomado conocimiento, y obtuvo determinacion favorable: *ut fundat ex num.* 78. *ad* 117. por los medios de nueva causa, que trae desde el *n.* 79. *al* 87. por haverse contemplado los dos Mayorazgos uno mismo, no siendolo, *ut ex n.* 88. *ad* 98. y por no haverse tratado sobre este punto antes de la Executoria de graduacion, *ut ex n.* 98. *ad* 118.

37. Todo el trabajo, que hemos tenido en el Extracto formado de los referidos capitulos del Sr. Salgado con alguna extension, agena de nuestro instituto, solo ha tenido por fin el hacer manifiesto, que el peso de su authoridad, y opinion en estos lugares no recae sobre otra cosa, que el haver sido de dictamen, con lo literal de la referida ley de Partida, que la cosa juzgada solo obsta para la accion deducida, y ventilada, y sobre que cayò, ò para la que nace del mismo origen, y fuente, ò aunque sea diversa, tiene el mismo objecto, y fin, *ut suprà cum eo fundavimus num.* 29. *&* 30. siendo à nuestro parecer la razon de esto, el que en los contratos regularmente se producen una, dos, y mas acciones, y suelen por algunos accidentes posteriores nacer otras, sin novar en nada las principales. Y en estos casos, que son notorios, (de que pudieramos dàr muchos exemplos) basta, que el Actor, ò Reo aya sido vencido en una accion deducida para serlo en las demàs. Pero nada de esto es contrahible al caso de proponerse por Actor, ò Reo la accion, ò excepcion, y sobre ella hacer mas, ò menos averiguaciones.

38. De esto, ademàs de la razon natural, se nos ofrecen otras legales. La primera, porque muchas veces en los Tribunales, y especialmente en los Superiores, salen las determinaciones por otros motivos, ò fundamentos (que son las alegaciones) distintos de los manifestados por las partes, y Avogados, y aun no pensados por ellos, como insinua el mismo Luca *de Regalib. disc.* 128. *n.* 3. D. Vela *in*

 casu

casu practico, de quo nos infrà, dissert. 27. n. 1. in fin. Y la segunda, porque el Juez està obligado à suplir las veces del reo ausente, y que no se defiende ex Luca *de Locat. disc.* 13. *n.* 1. y lo que le falta en las defensas al Avogado *L. unic. C. Ut quæ des. advoc. part. jud. suppl.* ibi: *Non dubitandum est, judicem, si quid à litigatoribus, vel ab his, qui negotiis assistunt, minùs fuerit dictum, id supplere, & proferre quod sciat legibus, & juri publico conveniri.* Por lo qual el Fontanela, que dexamos citado *suprà num.* 27. en los terminos de inquirir, y buscar medios contra la cosa juzgada, hallandolos tan raros, ò ningunos, sino aquellos, que ay tan claros, como la luz del medio dia, de cuya especie apenas ay alguno, profiere las palabras, que aqui repetimos: *QUIA SENATUS NON ITA JUDICAT, UT HÆC IMPUTARI EI VALEANT.*

39. Y para que ultimamente pongamos la mano à este punto, y contrahigamos todo lo que dexamos dicho, nos detendremos solo en hacer presente la demanda, que pusieron en 1. de Diciembre del año de 725. los herederos de Doña Ana Serrano, sobre que Don Miguèl Tello, el Mayor, posseedor del Mayorazgo, y la Vara, reconociesse el tributo, y les pagasse los reditos vencidos desde el año de 76. hasta el de la demanda, de que se hace mencion *suprà n.* 8. sobre que cayò la sentencia absolutoria à favor de dicho Don Miguèl, aunque en su rebeldìa; y despues en la Revista saliò pidiendo la confirmacion, y por consiguiente, que se le diesse por libre de los reditos, y principal, por los medios de prescripcion del Censo, y libertad de la Vara, mediante la venta de la Hacienda de Bollullos, y aprobacion de ella por Doña Ana Serrano, por haver salido pidiendo el principal à los Compradores; lo que causò una verdadera novacion, de forma, que el recurso era solo contra la Hacienda, y sus Compradores; sobre que cayò la Executoria del año de 36. *dict. num.* 8. para que reconociesse el tributo, y pagasse sus reditos. Y la ultima demanda puesta por D. Theresa en 11. de Marzo de 739. que se relaciona al *num.* 12. en que pretendiò, se diesse por libre el Oficio del tributo, y que los Dueños de èl siguiessen su accion contra la Hacienda.

40. Si esta no es la misma accion, que la antecedente en especie, numero, origen, y fin, segun lo prevenido por la ley de Partida, y con ella el Sr. Salgado, confessamos nuestra ignorancia en la inteligencia de las doctrinas, y su aplicacion à los Autos, y dexamos al superior dictamen de la Sala el juicio, que esto merezca: pues nos parece, no puede haver mayor individualidad, è idencidad de causa, persona, y cosa, para que milite la fuerza de la cosa juzgada: *cum* D. Valenz. *Cons.* 68. & 72. & 169. *per totum. Post absolutum enim, dimissumque judicium nefas est litem alteram consurgere ex litis primæ materia. Ex L. Termino,* 3. *C. de fruct. & lit. expens.*

PUN-

PVNTO SEGVNDO.

FUNDASE LA SUBSISTENCIA DEL TRIBUTO, PRESCINdiendo de las Executorias.

41. NO nos parece, se puede dudar el que los Imponedores, Deudores del Censo, no pudieron perjudicar en cosa alguna por la venta, que hicieron de la hypotheca con la obligacion de redimir, à los Dueños de èl, por ser principio notorio de Derecho, que los Deudores no pueden por acto alguno hacer peor la condicion de sus Acreedores. *Ex liter. text. in leg. Debitorem, 15. Cod. de pignor. & hypot. L. Debitorum, 25. C. de pact.* ibi: *Debitorum pactionibus creditorum petitio tolli, nec mutari potest.* Con cuyo principio entrò el Sr. Salgado *Labyrint. p. 3. c. 13. per tot.* à explicar con què actos pudiesse perjudicar, ò no el Deudor à sus Acreedores: y trayendo varios exemplos, toca desde el *num.* 4. hasta el 8. el del pleyto, que es el de vender el Deudor sus bienes con la obligacion de pagar el Comprador à sus Acreedores: *Horum jus* (dice) *propterea non immutatur, nec in aliquo detrahitur; sed eodem modo debitorem anteà tenent obligatum, & in eum dirigunt actiones, nec in debitoris potestate est, aut voluntate ab obligatione resilire, nec suos creditores remittere ad donatarium, vel emptorem, etiam hæreditatis, quem ipse debitor habet obligatum ad solvendum: quia nihilominùs ipse ab eis conveniri debet*: deduciendolo de la *ley 2. ff. quæ in fraud. credit.* ibi: *Idem erit probandum, etsi pignora liberet, vel quem alium in fraudem creditorum præponat.*

42. Remitese à lo mucho, que sobre esto havia escrito en la *2. part. Labyrint. cap. 26.* y especialmente sobre si los Acreedores ausentes en virtud del pacto celebrado entre el Deudor, y el que le compraba, adquiriessen algun derecho *ita, ut directò eum convenire valeant absque cessione*; præsertim ex *dispposit. l. 2. tit. 16. lib. 5. Recopil.* y exponiendo los fundamentos de una, y otra parte, concluye à favor de los Acreedores, y de su accion directa sin cessìon, desde el *num.* 54. al 57. infiriendo de esto al *num.* 103. que los Acreedores no solo pueden proceder contra el Comprador, Donatario, ù otro qualquiera, que tenga derecho del Deudor con el pacto de pagarles, y que pueden salir à su Concurso, sino tambien al del principal Deudor, que vende, ò cede con semejante pacto: *Quia* (n. 104.) *prior obligatio per secundam non tollitur; sed imò augetur: etenim est addere obligationem obligationi, ut ex secunda magis tuti, & securi sint creditores::: nec enim in creditorum præjudicium hoc pactum debet cedere, nec potest debitor minuere jus creditorum;*

licèt

licet augere sic, efficaciores cautiones, aut fidejussores, & hypothecas praestando.

43. No debemos detenernos mas en esto: porque en realidad es querer fundar principios de derecho: y basta solo la authoridad del Sr. Salgado en los referidos dos capitulos con lo mucho, que en ellos recopilò. Pero sin embargo no se debe omitir en comprobacion de lo referido la reflexa, que resulta del acto de la venta de la Hacienda de nuestro pleyto, mas perjudicial al Acreedor, si se pudiera fundar haver transitado con ella la obligacion del Censo, dexandose libre la Vara: pues en tal caso, teniendo el Acreedor Censualista por finca esta alhaja, sobre que se situò su tributo, con los demàs bienes de los Imponedores, y la Hacienda por especial hypotheca, se le venia à coarctar su obligacion, y accion à una determinada finca, tan corta, que solo en ella, desfalcado el tributo, y demàs pensiones, havia 3600. rls. de valor, que se entregaron à los Vendedores.

44. No haviendose alterado, segun principios notorios de derecho, en la cosa mas leve la obligacion Censual con la venta hecha por su principal Deudor, como queda fundado *ex n.* 41. nadie podrà fundar, ni con probabilidad mover especie de duda, sobre que esta se alterò, ò diminuyò, por haverse formado estos Autos desde el dia 12. de Mayo de 674. que tuvieron principio por el Poder, que diò Doña Maria Nicolasa Castellon, viuda del dicho Don Domingo Pietagullano, de que se hace mencion al *num.* 5. à Augustin Romero Camaño, para que procediesse contra los Compradores de la Hacienda, à que en conformidad de su obligacion redimiessen el tributo, aceptando este el Poder con la protesta de no perjudicar, ni à su Muger, ni al hijo de esta, à quien pertenecia; quando aunque no huviesse hecho esta protesta, y se concediesse, que havia aceptado el Poder llanamente, y aun contentadose con sola la situacion de la Hacienda; no podia perjudicar à la dicha su Muger, ni à su Entenado, que eran en realidad los Dueños del tributo, y no era parte para semejante consentimiento, quando lo huviera hecho: como funda aun en terminos mas estrechos el Cardenal de Luca *de Censibus, disc.* 24. con Cencio *de Censibus en la q.* 109. *n.* 46. en el caso de cierta extinccion, y paga de un Censo hecha al Procurador del Dueño de èl, quien havia tenido Poder para imponerlo; y especialmente *num.* 3. quando el Dueño està presente, *vel modica distantia absente.*

45. De esto resulta, que dicho Augustin Romero fue solo un Procurador, ò Apoderado de la Deudora del Censo, que substituyò el Poder en otro de los de la Real Audiencia, para en nombre de ella seguir, como con efecto se siguieron, los Autos Executivos contra el

dicho

dicho Don Alvaro, hasta ponerlos en sentencia de remate, que se pronunciò por el Juez Ordinario en 17. de Diciembre del mismo año de 674. Y en su execucion se practicaron las diligencias, que constan al *num.* 5. sobre la forma, y modo, en que se havia de hacer la redempcion. Y assi solo puede moverse alguna dificultad desde el dia, que consta *dict. n.* 5. haver salido à dichos Autos Doña Ana Serrano, viuda ya de Augustin Romero, que fue en 9. de Junio de 676. representando su proprio derecho, y el de su hijo Don Juan del Castillo, como su Tutora; baxo de cuyos respectos, y con justificacion de ellos, continuò los Autos desde el referido dia, y año hasta el dia 26. de Octubre del año de 683. en que se remitieron en discordia: y con cuya providencia se quedaron suspensos hasta el de 720. en que se continuaron por el Lic. D. Juan Perez de Ribera, Avogado, y Relator de la Real Audiencia, como Marido, y conjunta persona de la dicha D. Ana Serrano.

46. Para dàr lugar à esta dificultad, debemos traer à la memoria lo que consta *suprà num.* 5. & 7. de que luego, que Doña Maria Nicolasa obtuvo sentencia de remate, saliò Doña Ana Serrano por sì, y como Tutora de su hijo, pidiendo el capital, allanandose à dàr la fianza de la ley de Toledo, y al mismo tiempo pidiò execucion por los reditos, justificando estàr ya desembargados, en que no huvo providencia por la apelacion, que interpuso Don Alvaro, assi de la sentencia, como de la forma, en que havia de hacer el deposito, substanciandose entre los dos esta instancia, exempcionandole Don Alvaro el ser parte, hasta que se hiciesse el deposito; y sin embargo se confirmò la sentencia del Ordinario, precediendo un pleno conocimiento de causa. Y repitiendose por Doña Ana dar la fianza para percebir el capital *sin perjuicio de los reditos, que se estuviessen debiendo*, en vista de los Autos, se mandò notificar la sentencia de Vista. Y haviendose alegado latamente por las partes, se confirmò por otra de Revista, con las dos qualidades, de que se hace mencion al *num.* 6. que se reducen à que el remate solo fuesse por la parte de principal de Doña Ana, quedando impuesta sobre la Heredad la parte, que tocaba à su hijo menor, y que cessassen los reditos desde el dia, que Doña Ana pidiò el principal. De que suplicò la referida; y por Executoria se le mandò à Don Alvaro respondiesse: y substanciada la suplica, quedaron los Autos remitidos en discordia en el año de 83. con que solo se entendia en quanto à la imputacion de reditos con la suerte principal, desde el dia, que saliò Doña Ana Serrano.

47. Esto supuesto, resta la dificultad, que se reduce à si estas providencias por su virtud, y naturaleza innovaron el contrato del

Censo, ò lo pudieron innovar; ò si lo innovò Doña Ana Serrano por su hecho de haver salido, despues de la sentencia de remate, à pretender el capital, y reditos por sì, y en nombre de su hijo; ò ultimamente si por la pretension de esta al capital, y condenacion de la sentencia à Don Alvaro, para que redimiesse, como Posseedor de la Heredad vendida con el cargo del tributo, se entiende novado el primer contrato, y por consiguiente libre la Vara, y Oficio de Padre de Menores del Censo, y la Hacienda, y demàs bienes de Don Alvaro afectos à èl.

48. En quanto à la primera parte, no parece dudable, que las sentencias, de que và hecha mencion, pudiessen alterar el contrato principal; antes si lo dexaron en el estado, y naturaleza, en que estaba al tiempo de la imposicion. Esto se evidencia lo primero: porque las sentencias confirmatorias se retrotrahen al tiempo de la que confirman, como instrumentos referentes al relato: *ut* D. Molina *fundat de Primogen. lib. 2. cap. 7. n. 7. ubi Addentes*: D. Salgado *latè de Reg. p. 4. c. 11. ex n. 36. ad 42.* Y siendo la primera sentencia confirmada obtenida, y pronunciada entre Don Alvaro Gil, y Doña Maria Nicolasa Castellon, y su Apoderado Augustin Romero, sin haver intervenido Doña Ana Serrano por sì, ni por su hijo, ni otra persona en su representacion, y sin tratarse de otra cosa, que de que redimiesse Don Alvaro Gil, no pueden dichas sentencias comprehender la translacion del Censo, ni perjudicar al Dueño de èl, pues no saliò hasta despues de la sentencia del Juez Ordinario.

49. Lo segundo: porque es principio notorio de derecho, que las determinaciones, aunque sean Executoriadas, solo pueden caer, y tener su debido efecto, quando deciden, y determinan sobre lo que las partes han tratado, y litigado, y no sobre otras cosas distintas, y separadas: *ex L. Ut fundus, 18. ff. comm. divid.* ibi: *Ut fundus non hæreditarius serviat, arbiter disponere non potest: quia ultrà id, quod in judicium deductum est, excedere potestas Judicis non potest.* Hermosilla *in L. 8. tit. 1. partit. 5. gloss. 1. n. 14.* D. Salgad. *de Regia, p. 4. cap. 8. ex n. 47. & cap. 9. ex n. 8.* Cardinal. de Luca *de Judiciis, discurs. 8. ex n. 8.* quien, aunque hablando de sus Tribunales de la Curia Romana, dice, que esta especie de nulidad rara vez se practica por las clausulas *salutares, quæ de communi stylo adjici solent,* sin embargo en el *num. 9.* previene, que no pueden aprovechar para sentenciar en una cosa, si el Actor pide otra, y que se deben restringir *ad specificata, & pro eorum efficaciori consecutione, ne aliàs detur accessorium sine principali, quòdque (exempli gratia) Actore petente domum, Judex decernat vineam, sive quod, illo unam personam induente, Judex ex altera pronuntiet, cum similibus.* Y

sobre

ſobre todo tenemos la decisſion formal de la *ley 16. tit. 22. partit.* 3. que determina lo miſmo, poniendo los caſos: ibi: *Ca ſi fuere fecha la demanda antèl ſobre un campo, ò ſobre una viña, è èl quiſiere dàr juicio ſobre caſas, ò beſtias, ò ſobre otra coſa, que no perteneciesse à la demanda, non debe valer el juicio. Eſſo miſmo decimos, que ſeria, ſi la demanda tan ſolamente fueſſe fecha ſobre el ſeñorio de la coſa, è èl judgaſſe ſobre la poſſeſsion:* continuando la ley con otros caſos, todos adaptables à la preſente duda. Cuya decisſion en lo ſubſtancial eſtà aprobada por la *ley* 10. *tit.* 17. *lib.* 4. *Recop. ubi* Azevedo *ex n.* 115.

50. Contrayendo eſtas doctrinas al verdadero hecho de los Autos, ſe hallarà, que nada ſe hablò, ni tratò deſde ſu principio haſta el ultimo Auto de remiſsion de 26. de Octubre del año de 683. ſobre ſi el Cenſo eſtaba, ò no radicado unicamente en la Hacienda de Bollullos, ni de tal ſe podia tratar en la realidad por Doña Maria Nicolaſa Caſtellon, y ſu Apoderado Auguſtin Romero: pues ſu contrato poſterior no podia libertar las fincas del Cenſo, *ut ex dict. n.* 40. & 42. *abundè apparet.* Y aſsi ſolo ſe tratò de que Don Alvaro redimieſſe en conformidad de ſu obligacion, y ſobre eſto cayò la ſentencia de el Ordinario confirmada en Viſta, y Reviſta.

51. Y aunque en eſta, y en los additamentos, y nuevas qualidades, que contuvo, ſe previno por el primero, que la ſentencia de remate fueſſe por 6025. rls. de plata, que pertenecian à Doña Ana Serrano, quedando impueſtos ſobre la Heredad los 2775. pertenecientes al Menor; con cuyo additamento ſe querrà fundar, que el Cenſo ſe contemplò impueſto ſobre la Heredad de Bollullos, y eſpecialmente la parte del Menor: no diſcurrimos, que el que formare la duda, podrà aſſentir à ella aun con la mas leve probabilidad, por lo que dexamos fundado *ex n.* 42. de que ſobre tal coſa ſe huvieſſe alegado, ni aun la menor palabra, y por conſiguiente, ni podido recaer ſentencia, y principalmente en quanto à la parte del Menor: pues aunque repreſentando ſu perſona, y como ſu Tutora, havia ſalido ſu Madre à pedir el capital, ni tratò de eſto, ni aunque lo tratàra, le pudiera perjudicar.

52. Siendo el verdadero ſentido de eſta providencia de Reviſta, que en eſta qualidad fue de Viſta, que como por ella miſma, que causò Executoria en quanto à la redempcion, que havia de hacer Don Alvaro del Cenſo, ſe havia de depoſitar, ò entregar à Doña Ana Serrano, hallandoſe en ella las dos perſonalidades ſuya, y de ſu hijo, como ſu Tutora, ſolo ſe contemplò parte formal para percebir lo que à ella le pertenecia; pero no à ſu hijo Menor: porque debiendo el caudal de eſte por derecho eſtàr colocado, para que redituaſſe, haſta que lo pudieſſe pedir: *ex* Gutierrez *de Tutel, p.* 2. *cap.* 9. & *in ſpecie* Va-

lenz.

lenz. *Conſil.* 148. *ex n.* 5. no podia tener otra mejor impoſicion, ni mayor ſeguridad, que la del principal contrato. Y aſsi no ſe daba lugar à que entraſſe en poder de ſu Madre, y ſe lo conſumieſſe; ſiendo eſte ſentido tan natural, como que es deducido de la diſpoſicion de derecho: pues las ſentencias no deben tener otra juſta interpretacion, como funda el Sr. Salgado *de Protect. p. 4. c. 12. ex n. 62.* que aquella, que *prout de jure ferri debuerat, debetque reduci ad ſenſum juris: n. 66. ut non contineant injuſtitiam: num. 69. declaretur, interpretetur per acta: quia acta ſunt vehiculum ad ſententiam.* Ni ſe le puede dàr el otro, en que ſe ha fundado la duda: porque ſolo pudiera eſto proceder, quando ſobre ello ſe huvieſſe hecho la mas leve aſsignacion, *ut dictum manet.* Ni Doña Ana Serrano por lo reſpectivo à ſu Hijo era parte para conſentir en tal novacion, y contentarſe con ſola la Hacienda, como no lo fue para percebir la parte del tributo, que à èl le tocaba, y lo manifeſtò la nueva qualidad de la ſentencia de Reviſta.

53. Pero permitaſenos el que concedamos haverſe litigado eſta novacion entre las partes, y que ſobre ello ſe huvieſſe tomado debido conocimiento. Sin embargo de eſta ſupoſicion, no puede proceder la duda, ni aun motivo para ella: pues es notorio principio de derecho, que eſtas determinaciones de Reviſta con diferentes qualidades ſon en ellas de Viſta, y por conſiguiente ſuplicables. D. Larrea *Deciſ.* 39. *per tot.* D. Covarrub. *pract.* 25. *ex n.* 6. *ubi Addentes.* D. Vela *cum pluribus Diſſertat.* 35. *n.* 52. Y practicamente ſe tuvo por tal: pues ſe le mandò à Don Alvaro, reſpondieſſe à la ſuplica de dichas qualidades. Y no haviendo determinacion de Reviſta ſobre eſto, porque ſolo conſta la de haverſe remitido en diſcordia, con la prevencion de que ſolo era ſobre el punto de imputacion de reditos en el principal, no ſe puede decir, que ſobre la translacion del Cenſo à ſola la Heredad de Bollullos aya Executoria: y en todo rigor ſe podrà decir haver una ſentencia de Viſta: pues ſe ignora, ſi en la Reviſta ſe confirmò, ò revocò eſta. Y ſolo lo que ſe infiere neceſſariamente por la nota, es, que los Señores, que aſsiſtieron à la Reviſta, eſtuvieron conformes en confirmar, ò revocar el primer additamento, y qualidad; y diſcordes en el ſegundo, que fue lo remitido. Y ſi à alguno le pareciere eſtàr determinada la translacion del Cenſo à ſola la Hacienda de Bollullos, con libertad del Oficio, y Vara, eſperamos vèr, que ſe funde no ſolo, el que ay Executoria ſobre eſto, quando en los Autos ſolo ay una ſentencia; ſino tambien que para que recayeſſe la Executoria, huvo pleno conocimiento ſobre ello, y entre partes legitimas.

54. En terminos mas proprios, y literales, y del aſſumpto tocò eſta miſma dificultad el Sr. Salgad. *Labyrint.* 1. *p. c.* 19. con el

motivo de ventilar en èl, si el Acreedor Censual, à quien se le havia citado en un Concurso, podia pedir en èl no solo los reditos, sino el principal. Y suponiendo al *num.* 1. lo molesta, que le havia sido la resolucion en este punto, por parecerle, pugnaba con la naturaleza del contrato Censual pedir el capital, se aquietò, meditandolo con mas reflexa. Y entrando à disputar *pro ùtràque parte*, dando sus fundamentos; y siendo de la opinion, que el Acreedor podia pedir su capital en el Concurso, como mas verdadera, y probable, y practicada en todos Tribunales, llega à satisfacer à los fundamentos contrarios, y especialmente al 4. que puso al *num.* 9. *y* 10. formado con authoridad de la Rota; que trae Cencio *Deciss.* 69. *post tract. de Censibus ex n.* 1. y con la authoridad de este en la *quæst.* 106. *ex n.* 1. *&* 2. y se reduce à que aunque el Acreedor del Censo comparezca en el Concurso, y no pida el capital, y el Juez *proprio suo motu* le asigne lugar en la sentencia de graduacion en la suerte principal, *nil operatur*: porque al Deudor no se le puede obligar à la redempcion. Y en el *num.* 48. confiessa la fuerza del argumento en un juicio particular, en que no puede el Juez precissar al Deudor à que redima; pero sì en el juicio universal de Concurso, de que và tratando. Segun cuya doctrina, no parece fundado en derecho el que pudiesse el Juez por su sentencia hacer novacion de la imposicion, quando no puede mandarlo redimir.

55. Dexando fundado, que la sentencia no comprehendiò, ni pudo comprehender la novacion, ò translacion del Censo, procede con mas fundamento el que Doña Ana Serrano por su hecho de haver salido, ya viuda, pidiendo el capital del tributo, mandado redimir, no lo novò, ni transfiriò à la Hacienda de Bollullos, dexando libre el Oficio, y Vara, que es la segunda parte de la dificultad: porque siendo necessaria para esta novacion, y translacion una voluntad clara, y expressa de las partes de querer novar, no es bastante la presumpcion de ella; ni la voluntad conjeturada, *ut fundat* Roxas *de Incompat. p.* 1. *c.* 3. *n.* 10. *ubi Addentes.* D. Salgad. *de Protect. p.* 3. *cap.* 2. *per tot. &* *Labyrint. p.* 3. *c.* 11. *ex num.* 75. *cum L. fin. C. de Novat.* de que tenemos decisión en nuestro Reyno *ex L.* 15. *tit.* 14. *part.* 5. ibi: *Dando otro debdor, ò manero en su lugar à aquel, à quien debiesse la debda, à placer de èl, diciendo abiertamente el debdor, que lo facia con voluntad, que el primero fuesse desatado::: mas si las palabras sobredichas no dixesse el debdor, quando renovasse el pleito segundo, mas simplemente dixesse, quedaba por debdor, ò manero de aquella debda à Fulan, estonce por este renovamento del pleito non se desataria el primero; ante decimos, que se afirmaria, è fincarian obligados por la debda tan bien el uno, como el otro, como quier que pagando el uno de ellos, serian quitos de la obligacion principal.* Con lo que sobre

ſobre eſta ley dixo el Sr. Caſtillo *Controv. lib.* 5. *cap.* 77. *per tot.*

56. No hallamos en el caſo preſente en Doña Ana Serrano tal animo expreſſo, ni preſumpto; antes sì el contrario de no querer novar: pues al miſmo tiempo, que ſaliò pidiendo el capital del Cenſo, que eſtaba mandado depoſitar, pidiò los reditos, porqne ſe havia executado à Don Alvaro, y ſe havia denegado la ſentencia de remate por razon de cierto embargo, que tenian, y tambien pidiò los vencidos deſde el dia de la execucion en adelante, *ut ex Memor. n.* 8. y deſpues confirmada la ſentencia del Juez Ordinario en la Audiencia, que contemplò la dicha Doña Ana como de remate, y por eſto no ſuplicable, ofreciò la fianza de la ley de Toledo, *ut dict. Memor. n.* 11. y pidiò el apremio, para que Don Alvaro le entregaſſe dicho capital, ſe allanò à ſu redempcion, y puſo eſta clauſula: *Sin perjuicio de los reditos, que ſe le eſtuvieſſen debiendo*: de que ſe infiere manifieſtamente la voluntad, y animo de no novar.

57. Y aunque ſe quiera eſcrupulizar, que la Execucion, que pidiò la dicha Doña Ana, y ſe contiene en el §. antecedente, fue ſolo contra Don Alvaro, ſus bienes, y Hacienda de Bollullos, ſin pedir coſa alguna contra la Vara, y Oficio, ni aun proteſtarlo, como ſe evidencia de los Autos, ſin embargo de eſte hecho tampoco ſe puede inferir eſpecie de novacion. Y para ſatisfacer à eſte reparo debemos ſuponer como notorio, que aunque era diſputable por Derecho comun, el que del contrato, ò acto, que hacia el Deudor con un tercero con el pacto, y obligacion, que eſte ſatisfacieſſe à ſus Acreedores, ſi ſe le adquiria derecho à eſtos para poder pedir contra el tercero Comprador, ò Donatario *directè*, y ſin ceſsion del Deudor, ſiendo mas probable la opinion negativa, que ſiguiò el Sr. Salg. *Labyr. p.* 2. *c.* 26. con el motivo de inquirir en èl, ſi eſtos Acreedores podian ſalir al Concurſo del tercero Comprador, ò Donatario, y tambien al de ſu Deudor principal; y ſin embargo de haver ſido eſta ſu opinion en terminos del Derecho comun, *ut patet ex n.* 55. *per textus expreſſos in L.* 2. *C. de hæredit. vel act. vend. L. Cùm res. C. de Donat.* y por los fundamentos, que havia expueſto deſde el *n.* 15. llegando al *n.* 57. à reſponder à la *Ley* 2. *tit.* 16. *lib.* 5. *Recop. Pareciendo, que alguno ſe quiſo obligar, &c* confieſſa, que ſe corrige el Derecho comun, y que por el nueſtro *alteri per alterum ſtipulari, & ſtatim acquiri obligationem irrevocabiliter, etiam inter abſentes.* Cuya concluſion, (dice) aprobaron *innumerabiles Regnicolæ.* Y con quien và el Hermoſilla *l.* 13. *tit.* 5. *partit.* 5. *gloſſ.* 11. *n.* 10. D. Vela *Diſſert.* 27. *n.* 14. *cum pluribus, in caſu noſtræ litis.*

58. Eſto ſupueſto, como incontrovertible, ſegun la dicha ley del Reyno, y como tal, aſsi lo dexa ſentado dicho Sr. Salgad. *dict. cap.*

26.

26. *n.* 102. llega al *n.* 103. y desde èl decide la qüestion principal del capitulo con estas palabras, que se nos ha de permitir; pongamos à la letra, aunque se nos note de latos, por lo expressivo de ellas, y conducentes à este pleito: ibi: *Ut creditores debitoris vendentis, vel donantis, aut aliter cedentis rem suam alteri cum pacto, ut illis satisfaciat, possint liberè comparere in judicio Concursus, non solùm formati per donatarium, aut emptorem, cùm eo ex pacto habeant efficaciter obligatum, juxta novam leg. Reg. dispositionem::: verùm etiam ad Concursum principalis debitoris hac lege vendentis, vel cedentis, quem creditores simul habeant obligatum, ut anteà: quia prior obligatio per secundam non tollitur, sed imò augetur; est etenim addere obligationem obligationi, ut ex secunda magis tuti, & securi sint creditores::: nec enim in creditorum præjudicium hoc pactum debet cedere, nec potest debitor minuere jus creditorum, licèt augere sic, efficaciores cautiones, aut fidejussores, & hypothecas præstando::: debitor enim principalis, & emptor, seu donatarius ex hoc pacto judicantur, & effecti sunt duo rei debendi: & secundus, qui solvere promisit, constitutor dicitur, cùm accedat debito jam ab alio contracto, cùm se soluturum constituit, & promittit: L. Eum, qui. §. Quod exigimus ff. Constituta pecunia::: L. 2. l. fin. C. de constit. pecun. & cùm utrosque habeant obligatos creditores, ad cujuslibet concursum liberè concurrere possunt, ita ut una solutione contentari debeant, prout abundè probavimus 1. part. cap. 17. & cap. 18. per tot.*

59. De esta magistral resolucion tan fundada por el Sr. Salgado por todo el dicho capitulo resulta la satisfaccion genuina, y evidente à la replica, ò escrupulo sacado de los hechos de Doña Ana Serrano en haver salido pidiendo su principal, y despues los reditos contra la Hacienda de Bollullos, sin hacer mencion de la Vara: pues nadie puede dudar con el Sr. Salgado, y demàs, que dexamos citados, que siendole libre proceder contra el tercero obligado à la redempcion, ò contra su Deudor principal del Censo, no le pudo servir del mas leve embarazo el seguir los Autos hasta el punto de la discordia: y no haviendo cobrado, recurrir contra el principal, *ita ut una solutione contentari debeat.*

60. Es tan natural este concepto, y tan arreglado, y proporcionado à Derecho, por las disposiciones, que llevamos expuesto, de no admitirse novacion, ni alteracion de la obligacion principal sin voluntad expressa de las partes, que en el caso presente nos persuadimos à que los que vieren este, han de ir con nosotros en que de quererse admitir especie de novacion por los referidos hechos de Doña Ana Serrano se infiere un absurdo evidente, y tan palpable, que no era capaz assintiesse à èl D. Ana Serrano, ni otra persona, por de corta capacidad, que fuesse.

61. Fun-

61. Fundamonos en lo ſiguiente. No es natural, ni veroſimil, que ſin algun fin particular de intereſſe, ò ſeguridad, aya Acreedor, que dexando à ſu primer Deudor, ſe contente con otro: pues regularmente *nemo ſuas fortunas ejicit ſpontè: Ariſtot. Ethicor. lib. 3. cap.1.* antes procura aſſegurarlas. En el caſo preſente Doña Ana Serrano tenia para la ſeguridad de ſu Cenſo no ſolo la Heredad de Bollullos, ſino el Oficio, y Vara de Padre de Menores, y demàs bienes de Don Domingo Pieragullano, y ſu Muger Doña Maria Nicolaſa Caſtellon. Eſto ſupueſto, y que tenia tanta, y tan buena ſeguridad, deſearamos ſaber, porquè medios ſe le pudiera hacer aſſentir à la dicha Doña Ana à que dexaſſe libre la Vara, y demàs bienes de los Imponedores, y ſe contentaſſe con ſola la hypotheca, y los demàs bienes de un tercero Comprador, que no ſe ſabe, quales ſean, y oy conſta eſtàr en un Concurſo? Y ſi a eſto no aſsintiera alguno de mediana capacidad, y diſcurſo, mayormente en coſas de ſu utilidad: *L. Cùm de indebit.* 25. *ff. de probat.* ibi: *Qui enim ſolvit, numquàm ita reſupinus eſt, ut facilè ſuas pecunias jactet::: maximè, ſi ipſe::: homo diligens eſt, & ſtudioſus:* como es natural, que Doña Ana Serrano, ni quien la gobernò, quando ſaliò à eſtos Autos, ſe huvieſſen pueſto en los terminos de novar un contrato, por ſolo pedir ſu principal, y reditos, mayormente, quando no intervino en el contrato de venta de la Hacienda hecha à Don Alvaro? Y aſsi ſe reconoce haver practicado lo diſpueſto por Derecho, que fue el convenir à un ſu correo de deber, dexando en ſu libertad el convenir al otro, quando de èl no cobraſſe: *juxta tradita à* D. Salgad.

62. Fundado ya el que ni la providencia por sì, ni èl hecho de la referida Doña Ana pudieron novar el contrato, unicamente nos reſta la ultima parte de la dificultad, que ſe reduce à que unidos la pretenſion de Doña Ana, y las ſentencias, que condenaron à Don Alvaro à que redimieſſe, como poſſeedor de la Hacienda, no produxeron novacion alguna, quedandoſe el Cenſo, como al principio de ſu creacion. Y aunque para probar eſto nos podiamos contentar con ſolo contraer aqui los fundamentos, que hemos traido para las dos antecedentes partes de la dificultad, ſin embargo derèmos otros mas terminantes, y circunſtanciados para quitar toda duda.

63. Suponiendo lo que dexamos fundado deſde el *num.* 55. y 57. de eſta alegacion ſobre la libertad, que tiene el Acreedor Cenſualiſta para proceder contra ſu principal Deudor, tercero poſſeedor, ò correo de deber por el pacto, con que comprò, de pagar el Cenſo, entra el Gutierrez *pract. lib.* 1. *quæſt.* 148. queſtionando, ſi ſin embargo de la Authent. *Hoc niſi debitor, C. de ſolut.* la ley 3. *tit.* 14. *part.* 5. que previenen, que los debitos ſe paguen en la forma, que ſe prometen,

meten, excepto quando el Deudor no puede, ò no halla Comprador à sus bienes, se les pueda obligar à los Acreedores Censualistas, en el caso de estas limitaciones, à que reciban *in solutum* bienes raices por sus justos precios *tàm pro sorte principali, quàm pro reditibus decursis, & decurrendis*: y expendiendo desde el *n.* 3. por la opinion afirmativa de que se les debe obligar, cinco fundamentos, y desde el *n.* 16. dos por la opinion contraria *non inferiora, imò fortissima*, en que es especial para nuestro assumpto al segundo *n.* 32. *vers. Sed si venditor. sub n.* 34. llega al 38. à hacer juicio, y dice: *Ego, utriusque partis rationibus cum deliberatione pensatis, atque ruminatis, secundæ, & sic negativæ opinioni adhæreo*: y admite solo la opinion contraria en deudas fiscales: y assegura, que por su opinion negativa à favor de los Censualistas *praxi deciduntur hujusmodi causæ in Regali Chancellaria Vallisoletana* ::: *quasi abolita jàm, & in totum amissa praxi antiquà contraria, cujus suprà meminimus, uti res meliùs perspecta, & intellecta.*

64. Llega al *n.* 57. y toca nuestro caso en question en los terminos de que los Acreedores estèn condenados *definitivè, hoc est, PER EXECUTORIAM, ut accipiant bona immobilia æstimata pro suis debitis*, si puedan, *omissa hac sententia, vel Executoria convenire correum debendi, vel fidejussores pro eodem debito*: y trayendo los fundamentos de no serles licito el separarse de la cosa juzgada, assi por la fuerza, y virtud desta, como por el perjuicio de los Deudores, y privarles del beneficio de la Authent. y Lei de Partida, funda, y lleva desde el *n.* 60. la opinion contraria con el Texto Capital, y expresso en la Lei *fin. Generaliter. §. Idemque. C. de fidejuss.* Ibi: *Idemque duobus reis promittendi constituimus ex unius rei electione præjudicium creditori adversùs alium fieri non concedentes; sed remanere ipsi creditori actiones integras, personales, & hypothecarias, DONEC PER OMNIA EIS SATISFIAT*: y dice ser comun assenso de los AA. pues por sola la peticion, *etiam sequuta sententia* contra un Deudor, no se libertan los demàs: y que aunque parezca, que por la Executoria se siga el beneficio de la liberacion à los demàs, no es assi: porque siempre se ha de mirar al origen de la causa, en virtud de que se pide.

65. Y para satisfacer al fundamento de la opinion contraria, que es el de la Executoria, y la fuerza de esta dice al *num. 66. Non obstant modò fundamenta* ::: *non quidem primum: quia illud nil concludit contra personas correorum, & fidejussorum; sed tantùm contra principalem reum conventum, cui PERSONALITER ob inopiam, & cæteras diligentias à se factas in exquirendis pecuniis conceditur, ut bona in solutum suis creditoribus dare possit; non verò ejus fidejussoribus* ::: *& cùm creditor eum modum solvendi non acceptaverit, poterit jure optimo, eo omisso, redire ad fidejussores, ut*

 in

in dict. leg. fin. cum reliquis suprà adductis. C. de fid. juss.

66. Esta misma opinion llevò el Sr. Salgado *Labyr.* 1. *p. c.* 17. por tan segura, que afirma *n.* 37. *à nemine, quem viderim, impugnata*: fundando *n.* 20. la libertad del Acreedor en separarse de proceder contra un Deudor, y dirigir su accion contra otro *in l.* 1. §. *Si apud duos, ff. Depos.* ibi: *Si apud duos sit deposita res, adversùs unumquemque agi poterit, nec liberabitur alter, si cum altero agatur: NON ENIM ELECTIONE, SED SOLUTIONE LIBERANTUR.* Y cita por esta misma opinion à Cencio *de Censib. q.* 80. *n.* 11. *q.* 107. *n.* 29. Solìs *de Censibus lib.* 3. *cap.* 2. *n.* 8. Avend. *de Censib. cap.* 94. *n.* 11. y varias Decissiones de la Rota, que trae hasta el *n.* 34. y todos hablan en terminos de Acreedores Censualistas respecto de sus Deudores, è hypothecas, como los de nuestro pleito: deduciendo *dict. n.* 34. que *resultat firmissima, & in jure constans conclusio* sobre la libertad del Acreedor, *etiam postquàm in sententia fuit graduatus.* Y para que no se entendiesse, que esta resolucion procedia unicamente entre correos de deber procedidos del primer contrato, expressa *n.* 44. con Solìs, Avendaño, y Gutierrez *pract. lib.* 1. *q.* 46. (la que dice *n.* 28. no haver hallado en sus libros, y es la 146.) que todo lo que dexa fundado, se debe entender tambien *respectu. tertii hypothecæ possessoris*, contra quien puede proceder tambien el Acreedor, dexando el Concurso, y el Deudor principal: *& hoc ex identitate, & majoritate rationis.*

67. No negamos, que llegando el Sr. Salgado al *cap.* 22. *dict.* 1. *p.* à tratar la question antecedente, se separò en parte de su opinion en el caso, que entra à ventilar por todo èl sobre si al Acreedor del Censo se le puede obligar en el Concurso à que reciba en pago del principal, y reditos los bienes apreciados por su justo valor con la Authentica citada *Hoc nisi debitor, C. de Solut.* y *ley* 3. *tit.* 14. *partid.* 5. Pero esta resolucion contraida à nuestra dificultad nos aclara mas la justicia, y lo que dexò fundado, y determinado en el referido capitulo 17. pues fundando *pro utràque parte* desde el *n.* 1. al 21. la opinion afirmativa, y negativa, y el partido, que ay sobre uno, y otro de los Authores, llega al *n.* 21. y los compone à todos con esta distincion: ò la oblacion se hace coacta al Acreedor en juicio formal de Concurso, y en este caso, hecha toda diligencia, y no hallandose Comprador de los bienes, se les precissa à que los tomen por su justo precio; ò no es en Concurso, sino la oblacion se hace voluntariamente, y no està obligado à recibirlos.

68. Y para explicar esta oblacion voluntaria manifiesta al *n.* 26. se entiende no solo, quando procede immediatamente del Deudor *extra judicium*, sino tambien *in judicio, particulari tamen.* Cuya resolucion

en

en nada se opone à lo fundado por Gutierrez en la referida *quæst*. 146. y por el mismo Sr. Salgado *dict. cap.* 17. porque en este, que es el 22. và contraida la especie à Acreedor, que solo tiene un Deudor, y forma su Concurso legitimamente, sin tener otros correos de deber, en cuyo caso admite la equidad de la Authentica, y ley de Partida; pero no en el caso de que los tenga, como fundò en el *cap.* 17. con Gutierrez: ni menos en el caso de pleito particular, ò de oblacion voluntaria: porque en èl cessan los referidos beneficios. Ni tampoco se opone al hecho de los Autos: pues ò tomese la oblacion hecha por el Deudor del Censo, ò por las determinaciones, que ay en los Autos, siendo estas dadas en un juicio particular, son voluntarias. Y sobre todo D. Ana Serrano, Acreedor Censualista, tenia diferentes correos de deber, en cuyo caso ni aun quando huviesse Concurso, se le podia obligar à que tomasse la Hacienda de Bollullos, pues tenia la eleccion de separarse de èl, y proceder contra los demàs correos: *ad latè tradita per* Gutierrez *dict. quæst.* 146. & D. Salgado *dict. cap.* 17.

69. Nos parece dexar fundado suficientemente lo que prometimos, que ni Doña Ana Serrano novò en cosa alguna su contrato Censual, ni las determinaciones lo novaron, ni uno, y otro *simul*. Pero no nos contentamos con solo esto; sino que hemos de dàr caso mas estrecho, que es el que Doña Ana Serrano, ò los que tienen su causa, huviessen consentido en la asignacion, ò consignacion de la Hacienda de Bollullos, y en la translacion del Censo à ella. Preguntamos: Quedaba por este consentimiento, ò hecho pagada, y satisfecha la referida de forma, que nunca podia tener regresso à su accion primordial, è hypothecas, que tenia en virtud de la primera Escritura de imposicion?

70. Esta duda, que parece, es la mas rigorosa, que podia tratarse en esta materia, hallamos igualmente decidida por los Authores mas Clasicos de nuestra Facultad à favor de Doña Ana Serrano, y los que de ella traen causa. Tocaronla el Sr. Olea, aunque remissivamente, *de Cess. tit.* 5. *q.* 13. *n.* 23. citando à muchos Authores, y los principales entre ellos al Sr. Castillo en el *lib.* 4. *de las Controvers. c.* 59. *à n.* 44. (à que agregamos otro lugar mas copioso *lib.* 5. *c.* 77. *per tot.*) y al Sr. Salgad. *de Reg. p.* 4. *c.* 7. *à n.* 160. & *Labyrint.* 1. *p. cap.* 18. Y para que evitemos la molestia à los Lectores, quienes si no la quieren omitir, podràn reconocer lo fundamental, y lato del Sr. Castillo en dichos lugares, resumiremos con la mayor brevedad lo que dixo *dict. cap.* 59. para dàr idea, y conocimiento de la especie, que en èl tratò, y de la de nuestro pleito.

71. Con el motivo de la clausula *Rebus sic stantibus*, que supone entenderse en todo acto, y disposicion, llega al *n.* 43. à inferir,

Y,

y deducir la decision para un pleito, que passò en esta Real Audiencia, Actor Luis de Roxas contra los Fiadores de Diego Maldonado, su Deudor de cierta cantidad, y de quien havia recebido en pago ciertos bienes raices, los que se le havian quitado por otros interessados à ellos de mejor derecho, y procedia el Acreedor contra los Fiadores en via executiva por su credito : sobre lo que se dudò, *utrùm bonis illis, in solutum datis, evictis*, podia el Acreedor *agere ex primæva actione personali, vel hypothecaria* contra el Deudor, y sus Fiadores.

72. Funda desde el *num.* 44. la justicia de estos para no poder ser convenidos por el Acreedor, toda la vez que recibiò *in solutum* los bienes, segun lo determinò dicho Senado en el caso propuesto. A que agrega otra decision del mismo Senado *n.* 56. *in fin.* en la especie de haverse dado por el Deudor à su Acreedor ciertos bienes, en la que fue Juez el Sr. Castillo; aunque en la primera, que es, sobre la què funda la question, assegura *n.* 60. no haverse hallado. Y manifiesta su opinion contraria no solo contra el principal, sino tambien contra el Fiador, y que la siguiò despues el Tribunal en otra causa, que es la que trae al *n.* 61. entre Doña Maria Ossorio, Acreedora por 8ij. ducados, contra el Duque de Ossuna, y sus Fiadores, quien le havia dado en pago unos Cortijos, los que despues salieron pertenecer à cierto Vinculo, y Mayorazgo ; y el Duque *maximo ære alieno, & infinito creditorum concursu oppressus* : fundando latamente el derecho del Acreedor, desde el *n.* 62. con muchos Authores, y razones , y especialmente al *n.* 66. los textos *in L. Deferre. §. ult. & L. Sed revocata, ff. de jure Fisci.*

73. Y para mayor claridad de su opinion, y dictamen trae desde el *num.* 71. diferentes supuestos, expressando en todos especialmente en el 3. *y* 5. no solo la accion util, que tiene el Acreedor para proceder contra su Deudor, sino tambien la antigua , y explicando la *ley Eleganter,* 24. *ff. de pignor. act.* que parece, es el principal texto, en que se fundan los AA. de la opinion contraria para negar la accion primitiva, y antigua al Acreedor, assegura, que se engañaron en creer, que el texto la negaba, ibi: *Et videtur finita esse pignoris obligatio, & à contractu recessum; imò utilis ex empto accommodata est*: y afirma, que no es el sentido, que le dàn, el de la ley, *quod longè aliud est. Videtur quidem utrumque ita esse, sed neutrum ita est, quia dominii acquisitio postmodùm revocata non mutat causam pignoris, ut dissertè scriptum est in dict. L. Si prædium C. hoc tit.::: nec pugnat quod sequitur, accommodandam esse hoc casu utilem ex empto actionem. Nil enim vetat, utrumque verum esse, & quod volumus, non finire actionem pignoris, & quod ait (lex) actionem ex empto utilem accommodari: nam & utrumque ita scriptum est in dict. L. Si prædium,* 4. *C. de Evict.* Concluyendo al *n.* 72. que en la ultima de-

cision

cisión de este Tribunal en la causa del Duque de Ossuna *quàm verè articulum diffinierit.* Continuando en este mismo dictamen en el referido *capit.* 77. por ser declaracion del 59. que llevamos citado, explicando por varios casos la *ley* 15. *tit.* 14. *part.* 5. y con ellos toda la materia de novaciones, para que es capital esta disposicion.

74. De esta misma opinion fue, citando al Sr. Castillo, y otros muchos, el Sr. Salgado en el referido *cap.* 18. *per tot. signanter ex n.* 15. *ad* 18. con el motivo de tocar la qüestion en terminos de un Acreedor, à quien por sentencia en un Concurso se le señaláron *insolutum* los bienes de un correo, *an, & quando* pueda convenir al otro correo, ò al Fiador por el mismo credito: y fundando, que con la paga se extingue la obligacion, por varios medios, llega al *n.* 12. y concluye firmemente en que por la adjudicacion, y consignacion hecha en el Concurso *in solutum* no tiene regresso el Acreedor contra Fiadores, ò correos (en que và conforme con lo que despues dixo en el *cap.* 22. *ejusdem part.* y dexamos arriba notado *n.* 67.) Pero llegando al *n.* 13. previene, que esto se debe entender, quando en conformidad de la sentencia de graduacion, y en su execucion, *bona cosignata verè, & actualiter tradita fuerunt creditori::: at ante hanc actualem, & effectivam executionem* (prosigue n. 14.) *sententia graduationis, & anteà quàm bona consignata, & adjudicata creditori tradantur, & ipse in eorum possessionem realem mittatur, nec dominium acquirit, nec prior obligatio innovatur.*

76. Remitese sobre esto al *cap.* 18. 2. *p. De Retent.* à Noguerol, Hermosilla, y otros muchos AA. Y al *n.* 17. concluye con estas palabras: *Imò ut nec per pecuniæ, aut rei in solutum datæ traditionem liberatur Debitor, nec obligatio extinguitur, nisi perfectè sit creditori quæsita, & ejus dominium perfectè acquisitum, ita ut si ex post facto pecunia, aut res in solutum data evicta fuerit, nec debitor, nec fidejussores liberantur, nec hypothecæ extinguuntur, quia adversùs eos potest creditor agere primæva actione, & utili etiam agere.* Sobre que se remite al Sr. Castill. en el *cap.* 59. que dexamos citado, de quien *dict. n. circa fin.* dice: *Cui opinioni, ut certiori, & conformi jurium prædictorum dispositioni variæ proclivior sum, & libenter adhæreo.* Y continua fundando su resolucion hasta el *n.* 25. explicando en este sentido lo que dixo en el *cap.* 17. *per tot. Quoniam per consignationem bonorum realiter non traditorum creditori resoluta non dicitur obligatio principalis, & per consequens nec fidejussoria.*

77. Solo contra esta tan firme, y evidente conclusion trae el mismo Sr. Salgad. *dict. cap.* 18. con muchos AA. que cita *n.* 26. una limitacion, con la que se podrà instar de contrario, y se reduce à que esto se entiende, si no es, que los bienes consignados para la paga del Acreedor estèn tan promptos, y todos tan dispuestos por el Juez del

Concurso, *ut per eumdem creditorem steterit illa consequi: & cùm sit in ejus mera, & libera facultate eadem exigere, omni DEFICIENTE IMPEDIMENTO, ET DIFFICULTATE, cùm prompta sint consignamenta prædicta, & ad suam voluntatem exigendi, & apprehendendi sui crediti integra satisfactione, & solutione, negligens tamen fuerit in exigendo, quia tunc eo ipso, quòd per eumdem creditorem steterit accipere bona consignata, extinguitur prior obligatio, & Census de cætero reditus non currunt, sed potiùs cessant*: para que cita diferentes decisiones Rotales traidas por Cencio, que son las 182. 288. 244. y à este en la question 107. Lo que limita, quando el accidente, ò dificultad no estè de parte del Acreedor: que entonces, aunque se le aya despachado mandamiento, haviendo algun legitimo impedimento, por el qual el Acreedor no pueda *realiter*, & *cum effectu* conseguir el pago, no se entiende extinguida la obligacion Censual, como lo funda con la Decision 130. de la Rota, traida por el mismo Cencio, y con cuya doctrina và este en la misma *quæst.* 107. *sub n.* 24.

78. Bien nos pudieramos detener en fundar la contraria opinion à esta limitacion del Sr. Salgado no menos, que con la authoridad, y peso de razon del Sr. Castillo, tratando el mismo punto, aunque sin citar al Sr. Salgado, pues parece, que no se viò uno à otro. Pero al menos nos ha de ser permitido el dàr noticia de su opinion, ò perplexidad en este assumpto para despues hacernos cargo de la opinion de uno, y otro, y contraerla al assumpto del pleito.

79. Hemos dicho, que este Author volviò à tomar entre manos en el *cap.* 57. *del lib.* 5. *de sus Controv.* la materia, que havia tocado en el 59. sobre si el Deudor quedaba libre por la cession, ò adjudicacion *in solutum* hecha à su Acreedor, y haviendo epilogado lo que dexaba resuelto en dicho *cap.* desde el *n.* 30. y hecho otras observaciones, ultimamente en su lato, y profundo modo de discurrir constituye diferentes casos, *ut moris habet*, para tocar quanto sobre este articulo podia ocurrir para mayor claridad, y enuclecion de la *ley* 15. *tit.* 14. *de la partid.* 5. y nueva decision de nuestro Reyno, por la que se corrigiò, y ampliò lo determinado por el derecho comun en assumpto de las novaciones: y exponiendo ocho casos, solo en tres, que es en el 4. desde el *vers. Equidem*: en el 7. desde el *vers. Quòd si adhuc instes: vers. Sanè creditur*: & *Hactenus de his*: y en el caso 8. *vers. Num verò, usque ad fin. capit.* toca esta misma duda, si la negligencia del Acreedor, à quien se delega la deuda, le perjudique, ò sin embargo de ella, y que por su hecho no aya cobrado, pueda tener su accion, y recurso contra su Deudor principal delegante.

80. Y aunque en el *vers. Equidem* del 4. caso con la decision de la referida ley de Partida se muestra a favor del Acreedor, y que su negli-

negligencia no le puede perjudicar, toda la vez, que en la delegacion no se pactò expressamente quedar novada la obligacion, como previene la ley del Reyno, y que esta se ha de entender, que le queda obligado el Deudor principal; *quàmvis ab altero exigere neglexerit: Quod est notandum, & cùm casus evenerit, matura consideratione, & deliberatione pensandum, vera namque utriusque* (debitoris) *obligatio in favorem creditoris inducitur, ab uno autem, vel ab alio exigere ejus voluntati relinquitur, nec mora respectu unius actionem, & recursum impedit contrarium*: Sin embargo en el referido *vers. Quòd si adhuc instes*, instandose, que era duro, è inhumano, que la morosidad del Acreedor, que pudò cobrar, estando en su arbitrio, no le perjudicasse, y que le dañasse al Deudor delegante, responde, que debe imputarse à sì el Deudor no haver pactado esta obligacion al Acreedor, ò de que se entendiesse novada la obligacion, y solo parece, assiente à la instancia en caso, que la morosidad de no cobrar fuesse tanta, que se equiparasse al fraude, dolo, ò lata culpa: *ex L. Quod Nerva, ff. Deposit.* Y no obstante en el *vers. Et hactenus* dice: *De ipsis tamen maturè erit pensandum, atque deliberandum, cùm occasio se offerret*, para no con facilidad separarse de la comun sentencia, que lleva perjudicarle su negligencia al Acreedor; aunque concluye el *vers.* con decir, que las razones, en que se funda, y la decission de la ley de Partida *non leviter in contrarium urgeant, & forsàm multis placitura sint*: repitiendo lo mismo en los *vers. Num verò, Contra ea verò* del octavo caso: concluyendo esta materia, y el *capit.* con las palabras: *Quod erit maturè pensandum, atque deliberandum, cùm casus se offert, ut suprà dixi.*

81. No nos parece, fuera dificultoso el fundar, que el Señor Castillo fue de opinion contraria al Sr. Salgad. y que deste dictamen han de ser los mas, que deseando el camino de la verdad, y sin passion, reflexionen estos lugares: y que solo en el caso de que la negligencia sea tan culpable, que se equipare al dolo, fue de la misma opinion, que el Señor Salgado. Pero hemos de permitir, por dàr mas lugar à la dificultad, que ambos AA. fueron conformes, y que el Señor Castillo siguiò *penitùs* al Sr. Salgado. Sin embargo de todo esto, y contrayendo las doctrinas deste ultimo al hecho del Pleito, y las que trae el Sr. Castillo contra la negligencia del Acreedor, à lo que executò Doña Ana Serrano, no hallamos las mas leve proporcion, ni ni adaptacion, para que la pongamos en terminos de que por su culpa no percibiò el capital.

82. Registrando los Autos, y Memorial, no se halla otra cosa, que haver salido ante el Juez Ordinario la dicha Doña Ana, despues de la sentencia de remate, pidiendo su capital, allanandose à dar

la

la fianza de la Lei de Toledo: no tener efecto por la apelacion, que interpuso Don Alvaro en la Real Audiencia: haverse alli seguido esta instancia, oponiendole Don Alvaro à Doña Ana no ser parte para pedir el capital: confirmarse la sentencia del Ordinario, volver à allanarse Doña Ana à dar la fianza de la Lei de Toledo, contemplando ser esta sentencia de remate, y no suplicable: verse los Autos sobre esto, y mandar los Señores, se notificasse la sentencia: substanciarse la instancia de Revista con las mismas reciprocas defensas: caer la sentencia, confirmando la de Vista, con las dos qualidades, ò additamentos nuevos arriba expressados: suplicarse de ellos por dicha Doña Ana: oponerse Don Alvaro à la Suplica, diciendo no estar obligado à responder; lo que se despreciò por Executoria: substanciarse la Revista, y remitir la determinacion en discordia sobre el punto de si los reditos se havian de imputar en la suerte principal: haver ocurrido Don Alvaro al Real Consejo, y sacado Provision en 9. de Noviembre del mismo año de 83. en que parece, se quexò de los procedimientos de la Real Audiencia en admitir la Suplica de la sentencia de Revista, que contuvo las mencionadas qualidades: y pedidose por el Consejo informe de los Autos. En cuyo estado se quedò todo hasta que en 29 de Agosto del año de 720. se continuaron por el Relator Don Juan Perez de Ribera, marido de Doña Ana.

83. No es justo detenernos en hacer otra mayor aplicacion de las doctrinas del Sr. Salgado à lo actuado en los Autos: pues fuera hacer notorio agravio à los Doctos, quedando nosotros firmes en el dictamen de parecernos impossible, que en juicio prudente quepa el hacerlo de que tuvo morosidad la dicha Doña Ana en cobrar, y que por su culpa no cobrò, y que no huvo legitimo impedimento para cobrar; quando no huvo otra cosa, que pedir el pago, y no haver tenido este el debido efecto por tan legitimos impedimentos de apelaciones, y suplicaciones hasta el recurso al Consejo, con el qual, ò con el de no haverse visto la causa en discordia hasta aora, quedaron los Autos parados, y suspensos, è incapaz de tener efecto el pago pretendido por la dicha Doña Ana. Y si ultimamente à esta se le nota de omissa, confessamos ingenuamente ignorar, qual Acreedor sea diligente, y qual tenga legitimos impedimentos para no cobrar: y ultimamente vendrèmos à parar à que basta para la paga, solucion, y adjudicacion *in solutum* solo la pretension del Acreedor, que pide, y la sentencia del Juez, que le manda pagar: lo que absolutamente repugna al dictamen de la razon natural, y al del Sr. Castillo, Sr. Salgad. y demàs, que dexamos expuestos, y estos citan, que todos vàn *una voce* conformes en que absolutamente esto no basta, sino la real, y efectiva paga, sin que esta se le quite à el Acreedor: *Vt suprà fundatum.*

84. No

84. No solo estè dictamen fue del Sr. Salgado, y del Sr. Castillo, y de los que estos citan; sino que tambien se ha seguido por los AA. modernos, fundados todos en la razon natural. Darè uno, que en nuestro dictamen, y concepto, vale por muchos; que es el juiciosissimo Luca, que tocando este mismo punto en terminos de Acreedor Censualista, à quien se le hace pago de su credito, y despues se le avoca, ò quita, si renasca la misma accion, que tenia antes, que se le hiciesse la paga: haciendose cargo de lo escrito en este assumpto por los AA. y aplicando sus authoridades à las circunstancias de los hechos en el *Discurs.* 81. *De Feudis, ex n.* 13. y de *Censibus, disc.* 15. *per tot. & signanter n.* 4. pone diferentes casos. El primero, quando al Acreedor Censualista se le paga con casa, fundo, ù otra especie, en el qual, *evicta re*, subsiste el Censo no solo por las razones, que trae Cencio *de Censibus en la quæst.* 108. *ex n.* 16. sino por otras dos, que dice ser mejores: que la primera es, que este modo de paga *potiùs est permutatio, quàm vera datio in solutum, & consequenter, evicta re permutata, de plano resultat reviviscentia prioris dominii, ac regressus ad propriam rem ::: undè propterèa tali casu Census non dicitur extinctus, sed potiùs obdormire, seu esse in suspenso pro eo tempore, quo illius emptor aliam speciem loco ipsius pacificè habeat*: y la segunda por razon de la equidad, que no es justo, que pierda la alhaja, que tomò para hacerse pago de los reditos, y no tenga recurso à la principal, que dexò, al menos por razon de daños, è interesses.

85. El segundo caso es, quando la adjudicacion no se hace por convenio de las partes, sino solo por el Juez, que administrando el caudal del Deudor del Censo, asigna à el Acreedor alguna alhaja, de que se haga pago: en cuyo caso dice, que la asignacion es *potiùs pro solvendo, quàm pro soluto*, y que *evicta, seu exacta re, dici non potest Census extinctus, quatenus assignamenta non habeant effectum.* El tercer caso, quando el Acreedor pide su capital por algun accidente de no ser los bienes, sobre que se impuso, de suficientes fianzas. El quarto, quando se le paga en dinero à el Acreedor su capital, *sed revocabiliter.* Y en ambos supone la reviviscencia del Censo. Y el quinto, quando todo el debito de principal, y reditos se novò entre Deudor, y Acreedor, y se reduxo à un debito puro pecuniario, y se pactò la paga de èl en cierta forma: en el qual dice no haver razon alguna *pro reviviscentia*: poniendo otro caso, que es el 3. del dicho *discurs.* 81. *de Feudis*, quando se paga la suerte principal en dinero: en el qual *non agitur de simplici suspensione Census formaliter non mortui, nec de ejus excitatione potiùs à somno, quàm à morte ::: sed agitur de extinctione formali, & sic de morte: undè intrat regula, quòd à privatione ad habitum non datur regressus.*

 86. De

86. De esta discrecion de exemplos (que los tres primeros son los proprios del litigio) y de sus fundamentos, y razones se reconoce la opinion del Eminent. Luca conforme à la del Sr. Castillo, y Salgado, y demàs AA. que estos citan, que no haviendo llegado à la possessión quieta, y pacifica de Doña Ana Serrano, y de sus herederos el pago de su capital, existe su antigua, y primitiva accion, y que ni aun se puede contemplar, como dice el Cardenal de Luca, *obdormire, seu esse in suspenso*; sino siempre en un mismo ser, y estado desde la imposicion hasta el presente, y por consiguiente, que la Vara, y Oficio de Padre de Menores, como todos los demàs bienes, sobre que se impuso el tributo de 12ß. rls. de plata en el año de 1656. por Don Domingo Pieragullano, y su muger Doña Maria Nicolasa, quedaron afectos, y lo estàn à la paga, no solo del capital, sino tambien de los reditos; sin embargo de haver salido pidiendo el Censo Doña Ana Serrano, y de las providencias, que ha havido sobre esto, *ut abundè fundavimus suprà.*

87. Y para que conste notoriamente de la justicia de dicha Doña Ana, y de los que traen su causa, assi por lo respectivo al capital, sobre que hemos hablado con alguna prolixidad, como tambien sobre los reditos, en que parece haver mas dificultad, segun el estado de los Autos, ((prescindiendo de la ultima Executoria de 20. de Diciembre del año passado de 736. en que se declarò afecta la Vara al principal, y de su Declaratoria de 27. de Agosto del año de 38. en que se declarò afecta à los reditos, *ut suprà n. 9.*) debemos hacer presente, que como diximos al *n.* 53. *in sensu veritatis* por lo respectivo à las dos qualidades contenidas en la sentencia de Revista del año de 677. la primera, que el remate fuesse por la parte, que tocaba à Doña Ana Serrano, quedando impuesta sobre la heredad la parte, que tocaba à su hijo menor: y la segunda, que desde el dia, que introduxo Doña Ana la accion, no se pagassen reditos, y que los percebidos desde dicho dia se compensassen con el principal: no es, ni puede ser Executoria, por ser suplicables, como quedò fundado *dict. n.* 53. por ser en esto de Vista: y assi se declarò por otra Executoria, en que se mandò responder à Don Alvaro à la Suplica interpuesta por D. Ana Serrano, à causa de que dichas qualidades no se contuvieron en alguna de las otras providencias antecedentes; pues en ellas solo se condenò à Don Alvaro à que entregasse el capital del Censo, y lo pusiesse en poder del Depositario General, para que hiciesse la redempcion Doña Maria Nicolasa Castellon.

88. Esto supuesto como hecho incontrastable, y en que es precisso ir de conformidad, por resultar de las mismas providencias fun-

fundarèmos lo primero: que aun quando estuviessemos en el estado de que dicha discordia, y remission se viesse, se debian revocar las referidas dos qualidades. Y lo segundo, que aun quando se confirmasse la primera qualidad por lo respectivo à el Deposito, que havia de hacer Don Alvaro Gil de los 6025. rs. de plata, parte de el principal, que tocaban à Doña Ana Serrano, quedando impuestos sobre la Heredad los 2775. pertenecientes al Menor, esta Executoria no podia dañarle à uno, ni à otro, respecto del oficio del Padre de Menores, y demàs bienes, sobre que se situò el tributo, para que se contemplen libres de èl.

89. La justicia, que assistia à Doña Ana Serrano, y los que traen su causa, para que no se debiessen confirmar en grado de Revista las dos qualidades, es notoria por lo respectivo à la primera en quanto se quiere inferir de ella la libertad de la Vara, y demàs fincas del Censo: pues prescindiendo del verdadero sentido de dicha providencia, que hemos manifestado al *n.* 52. que no mirò à la libertad de dichas fincas, sino à la seguridad del Menor, como alli expusimos, y dado caso, que se huviesse alegado, y tratado sobre la extinccion del Censo de las fincas principales, y translacion à otras, que de tal cosa no se tratò, sin embargo no se pudiera declarar semejante extinccion, y translacion à la Heredad de Bollullos, por todo lo que difusamente dexamos expuesto en el segundo punto desta alegacion, sobre la subsistencia del tributo, segun, y en la forma, que estaba al tiempo de su imposicion, que aqui reproducimos, por evitar mayor molestia, por reducirse todo, à que solo haviendo una expressa, y clara voluntad de las partes para novar la primera obligacion, se entiende novada en conformidad de la Lei 15. *tit.* 14. *partid.* 5. con que vàn conformes todos los Regnicolas, y con ellos el Sr. Castillo *dict. cap.* 77. *tom.* 5. sin que baste para inducir la translacion, ò novacion, ni el haver pedido el capital Doña Ana Serrano, ni el que se le huviesse mandado dar, ni tampoco lo uno, y lo otro *simul*, como dexamos fundado *suprà ex n.* 47. De que resulta, que si oy se tratara este punto, se debiera en justicia emendar la referida qualidad, en quanto miraba à querer inferir de ella la extinccion del Censo respecto de unas fincas, y transferirlo à otras: por que confessamos ingenuamente no hallar motivo, ni fundamento de la mas leve probabilidad para persuadir semejante translacion, y extinccion, y que quedaramos gustosos de verlo fundado.

90. La misma notoriedad hallamos por lo respectivo à la segunda qualidad en punto de que los reditos se imputassen con el principal: pues aunque confessamos haver la tal qual probabilidad, que resulta

sulta de la authoridad del Sr. Vela en la referida *Differt.* 27. en què con el motivo de el caso, que en ella refiere, ventilado en esta Real Audiencia, de haver el Acreedor Censualista pedido apremio contra un tercero Deudor, obligado à redimir por pacto particular contraido entre èl, y el Deudor principal de el Censo, se tocò la duda sobre si los reditos vencidos, y percebidos desde el dia, que pidiò el capital, se le debian imputar con el principal, cuya parte afirmativa funda desde el *n.* 17. con Farinacio *tom.* 2. *Novissim. Decis.* 642. y parece la siguiò esta Real Audiencia, como manifiesta al *n.* 20. con la authoridad de Gracian *tom.* 1. *Discept.* 14. *n.* 5. & *tom.* 4. *cap.* 717. *n.* 5. & de Cencio, *de Censibus,* 2. *p. cap.* 1. *quæst.* 3. *art.* 8. *n.* 5. 6. & 36. Sin embargo assi en este punto, como en el otro, que determinò dicha Real Audiencia *n.* 18. revocando el Mandamiento de apremio, y despachando uno de execucion, juzgamos no haver probabilidad, y especialmente en el de nuestro pleito, que es el de los reditos.

91. No nos atreveriamos à proferir este dictamen contra resoluciones, que tienen semejante recomendacion, si no dieramos un resguardo tan seguro, como al Sr. Olea, *de Cessione, tit.* 4. *q.* 9. quien entrando à controvertir desde el *num.* 36. la question de que hablamos *suprà n.* 42. si el Acreedor pueda proceder, sin cesion de su Deudor, contra un tercero, que por pacto se obligò à pagarle su credito; y distinguiendo con muchos AA. lo determinado por derecho comun, y por derecho Real hasta el *num.* 37. siendo el ultimo Author, que cita, al Sr. Vela en la referida *Differt.* 27. *per tot.* por la opinion de los que dàn accion al Acreedor, *jure nostro, absque cessione: ex L.* 2. *tit.* 16. *lib.* 5. *Recop.* contraida especialmente à la obligacion de redimir un Censo, no pudo sufrir su dictamen, sin manifestar lo que sobre èl sentia.

92. Para esto reasume en el dicho *num.* 37. toda la Dissertacion, y el dictamen del Sr. Vela sobre los dos puntos de despachar Mandamiento de execucion, y no de apremio, y la imputacion de reditos en el principal: y entra à examinarlos, diciendo en quanto al primero: *Sine dubio habeo, creditorem Censualem non posse agere, ut sibi redimatur Census, adversùs eum, qui promisit suo debitori illum extinguere, & dumtaxat posse ad id compelli per ipsum debitorem, cui facta fuit promissio, & obligatio.* Por cuya opinion cita à Cencio en la *quæst.* 106. *ex n.* 15. *vers. Sed posset,* que lo decide en los mismos terminos: dando el mismo Sr. Olea la razon, y es, que el Acreedor del Censo *non est creditor sortis principalis, nec pro ea agere potest:* y satisface à la *Decission* 642. del Farinacio, en que se funda el Sr. Vela.

93. En quanto al segundo punto de la imputacion de reditos, para dàr lugar à su duda, entra el Sr. Olea permitiendo el que el

Acree-

Acreedor pudiesse, en virtud de dicho pacto, *agere contra emptorem*, que comprò con la obligacion de redimir. Pregunta; *an ex eo tempore, quo creditor illius pacti cum debitore suo initi notitiam habuit, cessare debeat cursus redituum census, vel imputari percepti in sortem principalem*: y trayendo sobre esto el dictamen del Sr. Vela à favor de la cessacion de reditos, y su imputacion, porque contempla, que *per pactum prædictum Censualis contractus transformatus fuit in simplex mutuum*, y que los reditos deben cessar, desde el dia, que el Acreedor tuvo la noticia de èl, ò quando esta no se le prueba, desde el dia, que pidiò la execucion por su capital, continua con estas palabras: *Quæ resolutio rectè procederet, & ego eam intelligerem, SI CONSENTIRET CREDITOR PACTO, ET ADMITTERET DEBITOREM QUASI SIBI DELEGATUM AD REDEMPTIONEM Census: nam eo casu debitor Censualis statim liberaretur, & respectu novi creditoris, quem suscepit, contractus Census transformaretur in simplex debitum. At verò ex sola notitia pacti, ETIAM INDUCTA EX PETITIONE EXECUTIONIS, non crederem Censum pro extincto habendum, DONEC CUM EFFECTU SORS PRINCIPALIS CUM REDITIBUS DECURSIS SOLVATUR.*

94. Continua diciendo, que no ay razon, para que se tenga por redimido el Censo, porque el Acreedor de èl sepa, que su Deudor trata de redimirlo, y obligò à un tercero à que lo redimiesse; *cùm Census legitimè constitutus non nisi per actum retròsimilem extinguatur, hoc est, PER RESTITUTIONEM SORTIS PRINCIPALIS, QUAM VENDITOR ACCEPIT IN EJUS CONSTITUTIONE: undè quàmvis ex ALIQUA CAUSA aperiatur via creditori ad petendam sortem principalem Census, EX EJUS PETITIONE NON INDUCETUR CENSUS REDEMPTIO, NEQUE SISTET CURSUS REDITUUM, USQUEQUò SEQUATUR REALIS SOLUTIO, vel per creditorem stet, quominùs eam non recipiat.* Para cuya opinion, y dictamen cita à Farinacio *Decis. Novis. Decis.* 341. *à* Cencio *de Censibus, q.* 107. y otros. Y ultimamente al Sr. Salg. *Labyrint.* 1. *p. c.* 17. *n.* 32. *& cap.* 18. *à n.* 31. para probar lo que arriba dexamos fundado, y comprobar su dictamen; que ni por la sentencia de graduacion en el Concurso, ni por la adjudicacion de bienes se extingue el Censo, *NISI SEQUATUR REALIS TRADITIO, ET SATISFACTIO.*

95. Haciendo la debida reflexion sobre este lugar tan fundamental, y copioso del Sr. Olea, y tan proprio para el hecho de los Autos, baxo de qualquiera inspeccion, que se tome, que *ampliùs desiderari non potest*, no es dificil de creer, antes es mui natural, se huviesse tenido presente para la discordia, y aun la huviesse motivado, pues con èl se hallaban evacuadas las dos nuevas qualidades de la sentencia de Revista

K para

para no contemplar el Censo extinguido, ni transferido à otra finca, y menos para la imputacion de reditos con el principal, desde el dia, que saliò à pedir el capital Doña Ana Serrano: y tambien podrà servir para el caso, que llevamos permitido de que los Autos estuviessen oy viendose en Revista sobre las dichas dos qualidades. Y para que se vea, que esta opinion del Sr. Olea es la que han seguido los AA. modernos; y sirva tambien de merito para la reformacion de dichas dos nuevas qualidades del caso en question, agregarèmos el dictamen, y juicio del Cardenal de Luca en este assumpto.

96. Pero antes, que demos sus lugares, nos ha de ser permitido, *sub auspiciis* del Sr. Olea, hacer una reflexa sobre la opinion, y dictamen del Sr. Vela, especialmente sobre la question de la imputacion de reditos con el principal. Passamos sobre su fee la incuria, que dice, notò à el Escribano de aquel processo de no haver puesto en el Auto la decision del Tribunal en este assumpto, que à la verdad mas bien nos parece, que no se daria formal determinacion por el Tribunal sobre èl, aunque se conferenciasse *per transenam*, porq̃ de tal question no se trataba entre las partes, que el que la determinacion se omitiesse por el Escribano Actuario.

97. La reflexa consiste en que las doctrinas, sobre que fundò su dictamen el Sr. Vela, y sobre su fee el Tribunal, fueron solo las que dexamos citadas de Graciano *tom. 1. Discept.* 14. *n.* 5. & 6. & *tom.* 4. *cap.* 717. *n.* 5. y Cencio *de Censib.* 2. *p. c.* 1. *q.* 3. *art.* 4. *n.* 5. 6. & 36. (cuyo lugar, es la *quæst.* 60. *in noviss. impress.*) y recurriendo à sus originales, no hallamos fundamento para que de ellas el Sr. Vela formasse tal dictamen; y menos el Tribunal: por lo que nos parece, no huvo en este assumpto tal determinacion, y fue el motivo de no extenderla el Actuario: pues todas hablan en los terminos de que entre el Vendedor, y Comprador del Censo se pactasse su extincion, ò en el mismo contrato Censual, ò en otro separado, como se puede ver en los lugares de Graciano, y Cencio, de forma, que el Acreedor Censualista tenga seguridad de la redempcion: porque en en este caso vàn conformes dichos AA. que el referido pacto, ò ya sea hecho entre los principales contrayentes immediatamente, ò por interposita persona, es iniquo, è injusto, y contra la naturaleza del contrato Censual, y que se reduce à un puro, y mero mutuo, y por consiguiente usura paliada; sin embargo de que el mismo Cencio al *n.* 3. trae AA. que *speculative* lleven lo contrario por la razon de que siendo licito al Deudor del Censo redimirlo, quando quisiere, la misma igualdad se debe observar respecto del Acreedor, y pactar el que se le redima, y obligar à ello.

98. Y no se admira, que el Sr. Olea no huviesse tocado este fundamento destructivo de la opinion del Sr. Vela, quando tomò entre manos,

nos, y destruyò el que resultaba de la Decisscion 642. de Farinacio, que era el principal en que se fundaba: y mas, quando tuvo presente para fundar su opinion al mismo Cencio en la *quæst.* 107. *al n.* 23. en que tocò latamente la misma dificultad, y fue en todo del dictamen del Sr. Olea. Por cuyos fundamentos insistimos en el nuestro de la ninguna probabilidad de la opinion del Sr. Vela.

99. Los lugares, que ofrecimos del Cardenal de Luca, son el *Discurs.* 81. *de Feudis, n.* 5. *y* 8. *de Censib. discurs.* 13. *n.* 9. *y* 11. y el 31. *n.* 8. 9. *y* 12. en todos los quales và conforme con el lugar de Cencio *dict. quæst.* 107. *ex n.* 23. citado del Sr. Olea, y con el Sr. Salg. *Labyrint. p.* 1. *c.* 19. y otros, q̃ aunq̃ antiguamẽte segun la practica de la Rota fundada en la opiniõ de algunos AA. siempre q̃ se pedia el capital por alguna causa, cessaban los reditos, y se imputaban los cobrados; *attamen maturiùs deindè discusso articulo, à tali sententia recessit, ita ut etiam si creditor petat ex dicta, VEL ALIA CAUSA RESTITUTIONEM SORTIS, QUINIMO ETIAMSI MANDATUM EXECUTIVUM PRO EA OBTINEAT, ADHUC TAMEN* DONEC SEQUATUR ACTUS RETROSIMILIS ILLIUS RESTITUTIONIS, VEL SALTEM NISI REPETIBILITAS SIT OMNINO CERTA, ET IN LIBERA CREDITORIS VOLUNTATE EXISTENS, NON DEBET INTERIM CURSUS FRUCTUUM CESSARE, EX EA RATIONE, QUOD MULTA CONTINGERE POSSUNT, OB QUÆ DICTA RESTITUTIO EFFECTUM NON SORTIATUR. *Ita dict. discurs.* 13. *n.* 11. *cum pluribus*: remitiendose à lo mismo, que havia dicho sobre este assumpto *dict. discurs.* 81. *De Feudis, ex n.* 4. De lo que se evidencia ser de la misma opinion, y dictamen del Sr. Olea, y que hemos cumplido lo que ofrecimos.

100. Fundada ya *manifestè* la reformacion de las dos qualidades de la sentencia de Vista, ultimamente nos queda que fundar, como ofrecimos al *n.* 88. que aun quando se confirmasse la primera por lo respectivo al Deposito, que havia de hacer Don Alvaro Gil de la parte del Censo, que pertenecia à Doña Ana, quedando impuesta sobre la Heredad de Bollullos la parte, que tocaba à su hijo menor, esta Executoria no podia libertar la Vara, y Oficio, y demàs bienes. Y aunque para fundar esta parte nos sea precisso repetir algo de lo que arriba hemos dicho, nos servirà de disculpa la justa causa de contraer à esta dificultad las doctrinas, que en caso semejante le disculpò à Escobar *de Puritat.* 1. *p. q.* 17. §. 1. *n.* 1. ibi: *Licèt videatur, quòd bis agamus de eadem re, duplici ex causa id efficere non erubescimus.*

101. Queda fundado arriba *ex n.* 63. que aunque por sentencia se le adjudiquen, ò consignen bienes al Acreedor Censualista en satisfaccion, y paga de su principal, sin embargo de ella, puede recurrir, y tener su regresso contra lo demàs sus correos de deber. Y aunque el principal fundamen-

fundamento contra esto, como lo trae Gutierrez *dict. lib.* 1. *q.* 148. es el que haviendo ya sentencia, ò Executoria à faver del reo, y contra el Acreedor sobre que reciba bienes en pago de su Censo, esta determinacion *prodest correis debendi, & fidejussoribus* : : : *alias judicium*, *& sententia praecedens esset illusoria, imò fieret in eorum fraudem*: responde al *n.66. vers. Non obstant.* con las palabras, que dimos al *num.* 65. reduciendose la solucion à que el modo de paga, que se dà por la sentencia, respecto de un Deudor, nada le aprovecha à los demàs correos, ò Fiadores : dando sobre esto otra razon al mismo argumento, que expuso al *n. 62. vers. Non inquam*, que es el deberse mirar el origen de la causa, y obligacion, que si segun ella en su principio tiene el Acreedor la libertad de proceder contra diferentes sus Deudores, lo mismo debe suceder, *etiamsi per accidens judicium mutetur*, en el caso de que voluntariamente el Acreedor demande à uno de sus Deudores: *ex L. fin. C. de fidejussor.*

102. En lo mismo và conforme Feliciano *de Censib. tom.* 1. *l.* 3. *c.* 2. *ex n.* 3. *&* 5. *ad* 10. y en las Addiciones sobre estos numeros 2. *tom.* extendiendo esta facultad *n.* 6. al caso de que el Acreedor aya percebido los reditos de un Deudor, ò prorrata de muchos, pues nunca se perjudica para proceder contra los demàs, assi por el principal, como por los reditos. Y al fin deste numero entra à inquirir la question, *vers. Sed occurrit. An quemadmodùm per sententiã latam contra unum ex correis debendi, alii non liberentur, ita quoque sentiendum sit, cùm sententia fertur pro uno ex correis debendi, quod est inquirere, an sententia lata in favorem unius ex correis debendi prosit aliis.*

103. Con los referidos AA. Cencio *de Censib. q.* 80. y Avendaño de *Censib. cap.* 94. và conforme el Sr. Salgado en el dicho *cap.* 17. *n.* 34. cuya opinion referimos *suprà n.* 66. y son dignas de transcribirse sus palabras, ibi: *potest nihilominùs, lite concursus pendente*, *ET ETIAM POSTQUAM PER SENTENTIAM FUIT GRADUATUS; ETIAM ILLAM CONCURSUS DESERERE, ET REDIRE AD ALIOS FIDEJUSSORES CORREOS, QUI LITIS PENDENTIS EXCEPTIONE JUVARI NON POSSUNT*: *ex jam scriptis*, *& dicendis ad responsionem* 6. *argument.* 1. *à n.* 47. En el que se extiende assi sobre la libertad del Acreedor, como en la distincion de persona nuevamente demandada ; lo que basta, aunque parezca el pleito el mismo, la accion, la cosa, el derecho, y el Juez : pues la diversa persona basta, para que no le aproveche la sentencia dada para con otro: en cuyo dictamen continùa en el *capit.* siguiente, *ex n.* 18. al 25.

104. No parece, necessitabamos de mayor seguridad para justificar lo que ultimamente propusimos sobre que aun quando se confirmasse la qualidad primera en grado de Revista, no podia perju-

dicar à Doña Ana Serrano, ni à los que de ella traen causa; para proceder contra las demàs fincas afectas à su Censo, agregando à las referidas authoridades la razon natural, que resultara de la referida confirmacion: pues de que se mandasse cobrar todo el Censo de la Heredad de Bollullos, no se infiere de ningun modo la negacion de cobrar de las otras fincas; porque son compatibles, y conformes à derecho la accion de cobrar de las unas, y de las otras; pero sin embargo hemos de dàr dos casos practicos, con que se concreten las referidas alegaciones, y en terminos mas estrechos.

105. El primero es del Sr. Larrea en la *decis.* 42. de un Acreedor Censualista, que vendiò à un tercero el capital, y reditos, *reservata hypotheca, dominio, & jure Census*, interin que se le pagaba el precio, dandole cierto plazo para la paga, y recebido en èl, no todo el valor, sino parte. Passado el plazo, executò al tercero (que tambien parece era ya dueño de la finca, sobre que se impuso el tributo) ante el Juez Ordinario por los reditos, en virtud de la accion primitiva de la imposicion, y obtuvo sentencia favorable: se apelò à la Real Chancilleria, y en esta instancia manifestò el Acreedor separarse de la accion Censual, y pidiò el precio de su venta: revocòse la sentencia del Ordinario; y haviendo en Revista separadose el Actor de dicha alegacion, è insistido en su accion primitiva Censual, se confirmò en Revista la sentencia del Ordinario, y se declarò *non censeri extinctum Censum, quòusque pretium conventum integrè solveretur*, aplicando los pagos, que havia percebido el Acreedor à la extinccion del principal, y paga de reditos *pro rata, seu proportione: ut colligitur ex n.* 15. 25. 26. 30. & 33. En cuyo caso se hallan las circunstancias de consentimiento del Acreedor en la venta, y la mayor en los Autos, diciendo *se nolle jus Census suscitare*, que una, ni otra se hallan en este pleito; antes si lo contrario: pues Doña Ana Serrano pidiò los reditos ante el Ordinario, y protestò en la Real Audiencia el perjuicio de los reditos, que se le debian: *ut diximus suprà n.* 46.

106. El segundo caso es mas rigoroso, y en terminos. Lo trae el Sr. Salgado, disputandolo *pro, & contrà Labyrint.* 3. *p. c.* 1. *ex n.* 118. *ad* 174. *y en el cap.* 2. *ejusdem p. ex n.* 98. *ad* 158. y se reduce à haver un Deudor formado Concurso, en que se hizo pago à sus Acreedores, y entre ellos à unos Censualistas: estos haviendo passado algun tiempo, pretextando no estàr pagados, procedieron contra un tercero posseedor de unas de sus hypothecas, para que les reconociesse el Censo, ò dimitiera la hypotheca; y por la Executoria reconociò el Censo, y pagò por algun tiempo los reditos: no contentos con esto los Acreedores Censualistas volvieron à proceder contra su

L Deudor

Deudor principal, pretextando, *non fuisse cum effectu dimissos, nec obligationem extinctam*: y el Deudor se defendia, haciendo constar, estaban pagados con los bienes vendidos en su Concurso: à cuyo tiempo saliò el tercero posseedor, pretendiendo, se le declarasse por libre del Censo, por constar estar pagados los Acreedores. Huvo Executoria, en que se declarò à favor del concursado estar satisfechos los Acreedores. Y con el motivo de que estos oponian al tercero Possedor la excepcion de la cosa juzgada, que contra èl havian obtenido, entra el Sr. Salgado con todo empeño, y latitud à fundar la liberacion del tercero, y que no le obstaba la Executoria, como asi se determinò. No nos detenemos en referir sus fundamentos, sirviendonos de instruccion, y admiracion, que en una cosa, à nuestro parecer, tan clara, huviesse el Sr. Salgado empeñado su habilidad en dos capitulos, teniendo solo en contra el sagrado, y refugio de la cosa juzgada, y quan dificil es ir contra ella; solo si reflexionamos sobre la libertad de los Acreedores del Censo à pedir despues de una Executoria en un Concurso, contra un tercero, y despues de otra contra este, y en virtud de ambas obtenido el pago, retroceder contra el principal. No hacemos tampoco mas aplicacion al caso del Pleito de las doctrinas expuestas, pues en la superior consideracion de la Sala se verà, si vienen al caso aun con mayor excesso de lo que se litiga.

107. No hemos de dexar tampoco à la libre voluntad de Doña Theresa de Hermosilla la aplicacion de las doctrinas arriba expuestas, y de los dos precedentes casos: porque según el estado de el Pleito, nos parece, no le hemos de deber algun afecto particular à nuestro trabajo: pues se hallan dos Executorias, que contraen al caso en question todo, quanto hemos hasta aqui fundado, y mucho mas, que para proferirlas se pondria presente. Estas son de las que se hace mencion *suprà n. 8. & 9.* La primera pronunciada en Revista en 1. de Diciembre de 1736. en que se mandò, que el *Posseedor* de la Vara reconociesse el principal del tributo hasta en cantidad de 8800. rs. de plata à favor de los herederos de Doña Ana Serrano, y que los de Don Alvaro, y Don Juan Gil depositassen la misma cantidad, para que los herederos de esta otorgassen redempcion a favor de los Imponedores. La segunda, en que haviendose pedido los reditos deste principal, se declarò en 27. de Agosto de 738. que en el Auto de Revista de Diciembre del año de 36. que causò Executoria, estaban comprehendidos los reditos: y en su consequencia las partes usassen de su derecho.

108. No nos queda mas libertad de discurrir, ni contraer tan notables, y literales disposiciones, que la de proferir lo que en otro,

aunque

aunque mayor, assumpto dixo el Emperador Marciano *in leg.* 4. *C. de Summ. Trinit.* NAM ET INJURIAM FACIT JUDICIO REVEREND. SYNODI, SI QUIS SEMEL JUDICATA, AC RECTE DISPOSITA *revolvere, & publicè disputare contenderit* ::: NAM IN CONTEMPTORES HUJUS LEGIS POENA NON DEERIT.

FUNDASE NO DEBERSE SEÑALAR ALIMENTOS AL POSSEEdor del Mayorazgo, ni à Doña Theresa de Hermosilla en su representacion, en perjuicio de sus Acreedores.

109. PAra que con brevedad en este punto podamos fundar la justicia de los Herederos de Doña Ana Serrano, y Don Blàs Blasquez, Dueños del tributo, y sus reditos, debemos suponer con el Sr. Castillo *de Aliment. cap.* 37. *ex n.* 40. & §. 3. *ejusd. c. per tot. præcipuè ex n.* 9. que aunque en terminos del derecho comun fue disputable, si estaba obligado el Acreedor à dàr alimentos al Deudor, à quien tenia presso, esto mas parece, fue por titulo de equidad, que porque huviesse ley, que lo dispusiesse: pues aunque fundaban esta accion alimentaria en la ley *Quemadmodùm,* 9. §. *Magistratus, ff. ad leg. Aquil. l. Judices,* 9. *C. de Episcop. Audient. Authent. Vt de appellation. cognosc.* §. *Si unum. Authent. de nupt.* §. *Si verò*: y en el texto mas proprio, que estos, *l. Si hæreditas,* 11. §. *Quod autem, ff. ad exhibend.* sin embargo no hemos hallado en estos, ni en otros textos, que nuestro trabajo ha tenido presentes, decision formal, que obligue al Acreedor à dàr semejantes alimentos al Deudor: por lo que Caldas Pereyra *de Empt. & Vend. cap.* 25. *n.* 50. citado, y seguido del Sr. Castillo *dict. n.* 9. fue de opinion de no deberse tales alimentos de *rigore juris,* fundado en que la captura fue introducida por derecho en favor del Acreedor, y en odio del Deudor; y no se satisface à la ley, *si debitor ali deberet à creditore*, como expressa el Sr. Castillo, pues entonces fuera mas favorable al Deudor, que al Acreedor.

110. Esto supuesto, y haviendo sobrevenido la *ley* 4. *tit.* 16. *lib.* 5. *de la Recop.* se quitò toda la probabilidad, que havia por derecho comun: pues en ella se previno, que el Acreedor mantuviesse al Deudor presso por 9. dias. Y asi oy tiene tal observancia la no obligacion de alimentar el Acreedor à su Deudor, que no se practica, ni aun en los referidos 9. dias, quedandoles por recurso ser alimentados de los bienes destinados *ad usum pauperum, sive ex eleemosynis,* en tal grado, q̃ aunque los Nobles tienen diferentes privilegios en este assumpto para la reservacion de ciertos bienes, sin embargo para alimentos, profiriò dicho Sr. Castillo *dict. cap.* 37. *n.* 41. *in fin.* esta sentencia: *alimenta aliqua nobilibus præstari nullus scripsit, neque jure cautum reperitur.* Lo que repitiò en el §. 1. *ex n.* 5.

111. Con

111. Con estos principios, y fundamentos entran los AA. à disputar, si las personas ilustres, Titulos, y Posseedores particulares de Mayorazgos, gravados de deudas, tengan esta accion alimentaria, y por consiguiente la de no ser convenidos *ultrà quod facere possint*. Y aunque el Sr. Castillo *dict. cap.* 37. §. 1. *per tot. signantèr ex n.* 8. que es el principal Author, que hemos visto, de la opinion afirmativa, funde à favor del particular Posseedor de Mayorazgo este beneficio, sin diferenciarlo de los Grandes, Duques, y demàs Titulos, sin embargo el Sr. Salgado, tocando la misma question por todo el *cap.* 24. de la *part.* 1. *Labyrint.* con la *ley* 36. *l. Patronus, l. Miles. ff. de re judic.* y sus Concordantes, y la *ley* 1. *tit.* 15. *part.* 5. concediendo este privilegio à los Grandes, Titulos, y Mayorazgos, que tienen annexa Dignidad, *non jure, sed de universali consuetudine* deducida *ex dict. leg. Miles. ex n.* 33. *ad* 42. llega desde el *n.* 43. à tratar la misma duda para con los Posseedores *simplicium Majoratuum, aut Vinculorum*, y al *n.* 49. lleva no tener tal privilegio, ni por Posseedor de Mayorazgo, por no ser Dignidad, ni por la qualidad de Nobleza, porque esta preserva solo de la carcel, ni por otro algun titulo.

112. Es digna de reflexion la contrariedad de estos dos Principes de la Jurisprudencia, sin haverse citado uno à otro, ni satisfechose respectivamente à sus fundamentos, mayormente quando ambos, aunque hablan en los terminos generales de Acreedores; sin embargo se conoce, que uno, y otro fundan su opinion con el respecto à los Acreedores proprios del Posseedor de Mayorazgo, como se puede reconocer en el Sr. Castillo *dict. cap.* §. 1. *n.* 10. *vers.* 4. *facit*, que en nuestro dictamen es el principal fundamento de su opinion, y es el argumento, que saca de la voluntad de los Fundadores el mantener con esplendor su memoria, y la de sus familias, y que no perezcan por razon de deudas; sin que toque, ni una palabra sobre Acreedores de otra classe, y que traigan otra causa, que la del Posseedor de Mayorazgo. Y en el Sr. Salgado *dict. cap.* 24. *ex n.* 45. *&* 73. y mas extenso, y especial *cap.* 11. *dict.* 1. *p. ex n.* 120. refutando este argumento de la presumpta voluntad del Fundador, y à los Authores, que equivocamente siguieron à Sarmiento *Selectar. lib.* 7. *cap.* 5. para excluir à los Acreedores del Posseedor de proceder contra los bienes del Mayorazgo para hacerse pago de sus creditos, sin dexarle de que alimentarse: fundando, que solo la opinion de Sarmiento, y de los demàs AA. deducida de la voluntad de los Fundadores, procede no respecto de los Acreedores del Posseedor, à quien se le pide; sino de los Acreedores de los antecedentes Posseedores, ò de Acreedores al Mayorazgo, en virtud de Real Facultad *minùs legitimè obtenta, vel obtenta sub quibusdam qualitatibus, & conditionibus nondùm impletis, & verificatis.*

113. No hemos tenido el gusto, sin embargo de no haver

perdo-

perdonado algun trabajo, de reconocer Author posterior, que aya conciliado à estos dos Principes: pues el Addicionador del Sr. Castillo sobre este lugar solo se contentò con referir una, y otra opinion, y à uno, y otro Author, sin hacer juicio sobre ellas. Y el Sr. Olea tampoco lo formò, como otras veces, y tocò de passo, *& relativè* à los dos AA. *tit.* 3. *quæst.* 13. Y asi debemos valernos en esta ocasion de lo que para caso quasi semejante dixo con la authoridad de Paulo de Castro *in leg. Clodius* 96. *n.* 7. *ff. de acquir. hæredit.* Carleval *de Judic. tit.* 3. *disp.* 9. *n.* 1. *Perniciosus est timor, & miserrimus intellectus eorum, qui norunt consulere, nisi ubi reperitur determinatum Authoribus, etiam stante æquitate, & optimis juris rationibus.* Y asi *libuit resolutionem ejus deducere ex iis, quæ in diversis locis obiter Doctores dixerunt.*

114. Hallamos mas probable la opinion del Sr. Salgado, especialmente si la contraemos al caso en question, que es de Acreedor no de el Posseedor actual del Mayorazgo, ò de sus antecessores, sino de Acreedor que trae causa, como dexamos fundado, anterior à la fundacion del Mayorazgo, en el que dudaramos, si el Sr. Castillo fuera de contraria opinion del Sr. Salgado, y los que lo siguen, como el Rodriguez, y sus Addicionadores *de Concurs.* 1. *p. n.* 54. *& in specie eadem part. tit.* 6. *ex n.* 149. *& signantèr n.* 152. y demàs, que cita el Paulo Melo *dict.* §. 1. *n.* 1. y estos *à majoritate rationis* fueran de nuestro dictamen.

115. Fundamonos en lo siguiente. Es principio notorio de derecho, de que en el Punto 2. hacemos mencion, que el Deudor por acto alguno no puede perjudicar à sus Acreedores, con el Sr. Salgad. *Labyrint.* 3. *p. cap.* 13. *per tot.* y especialmente *n.* 12. en los terminos de nuestra question, que es el de fundar Mayorazgo, que no lo es respecto del Acreedor, y quedar libres los bienes para sin algun impedimento poderse vender, y enagenar libremente. Para cuya proposicion evidente junta el Sr. Salgado muchos textos, y AA. en que no nos detenemos, por ser elemental. De ella resulta, que si alguno funda Mayorazgo, cuyos bienes estàn afectos con alguna accion real, ò hypothecaria, puede el Acreedor perseguirlos, sin que el posseedor pueda oponerle excepcion alguna para evitar la accion, como tambien es proposicion constante fundada por el Sr. Molina *de Primogen. cap.* 10. *per tot. & in specie n.* 12. *ubi Addentes, cum* P. Molina *de just. tract.* 2. *disp.* 640. *n.* 4. *vers. Quod dictum est, &* D. Castillo *lib.* 5. *Controvers. cap.* 161. *ex n.* 23. *ad* 30. fundados todos en la *ley* 1. *y* 2. *C. Si unus ex pluribus hæredib. l.* 1. *C. hæredit. action.* y por consiguiente vàn conformes en que el Acreedor puede vender, y distraer sus hypothecas hasta hacerse entero pago, porque respecto de èl no puede militar la causa publica de la subsistencia de los Mayorazgos, pues estos no se pueden fundar, *nisi deducto ære alieno.*

116. Esto supuesto como notorio, y removida la qualidad de Mayorazgo, respecto del Acreedor, se queda este en los terminos de proceder contra un Deudor particular, quien recurriendo à los principios de derecho comun, y especialmente à los del de nuestro Reyno, no puede tener accion alguna, para que le alimente el Acreedor, como dexamos fundado *suprà ex n.* 109. con el Sr. Castillo, lo que no se podrà negar por alguno: ni menos el contraer estos principios, y reglas generales, y evidentes à nuestro caso: porque no se puede dudar la subsistencia del credito Censual anterior à la Fundacion del *Mayorazgo*, y cuya finca especial es la Vara, prohibida de enagenar con pacto absoluto, y clausula irritante. Y por ser finca, sobre que se situò, podiamos fundar con el Sr. Covarrubias *Variar. lib.* 3. *cap.* 7. *n.* 6. *y sus Addentes, ibi*: No solo la hypotheca especial *ut cùmque*, sino *præ cæteris firmam, & efficacem*, ò *jus quoddam reale*, *& instàr servitutis*.

117. Recurriendo con estos fundamentos à darle al Sr. Castillo su verdadero sentido *dict. cap.* 37. §. 1. no podrèmos negar, lo llevò contrario al del Sr. Salgado *dict. cap.* 24. en los terminos de Acreedor del Posseedor de Mayorazgo, que procura cobrar sus reditos, sin dexarle de què se alimente; pero no en los del pleyto de Acreedor Censualista anterior à la Fundacion, y que quando el Fundador comprò la Vara, que vinculò, venia ya con la hypotheca *præ cæteris* firme, y eficaz, ò con un derecho real, como especie de servidumbre. Y el que quisiere persuadir lo contrario, serà oponerse al dictamen de la razon natural, y de los AA. mas classicos, y especialmente al del mismo Sr. Castillo *dict. lib.* 5. *Controv. cap.* 161. *ex n.* 23. Y aun en los terminos de Acreedor del Posseedor, ò de otro, que no fuesse el Fundador del Mayorazgo, y que lo huviesse obligado con Facultad Real, tenemos por mas probable, y fundada la opinion del Sr. Salgado, que llevò poder proceder contra el Mayorazgo, y sus bienes, hasta extinguir su cabeza, y totalmente destruirlo, como lo fundò latamente *Labyrint. p.* 3. *cap.* 4. *per tot. in terminis ex n.* 59. con los principales AA. de la Jurisprudencia, especialmente el Sr. Molina *de Primogen. lib.* 4. *cap.* 3. *&* 5. *per tot. & Addentes*, à los que nos remitimos, quienes para esta opinion citan al Sr. Castillo *lib.* 3. *Controv. cap.* 28. *& lib.* 5. *c.* 51. *per tot.* Y assi se reconoce, què la opinion de este, y la de los demàs AA. que la llevaron, solo puede proceder en los terminos, en que la explicò el Sr. Salgado, *ut suprà n.* 112, contra Acreedores de los antecedentes Posseedores, ò con Facultad nula, ò defectuosa.

118. Todo nuestro concepto lo hallamos calificado *post hæc scripta* con el juicio del Cardenal de Luca *de Credit. & Debit. disc.* 153. *n.* 4. *&* 5. en que manifiesta no solo no hallarse Decision de derecho à favor de los alimentos del Deudor; sino que la equidad, que à favor de este se

 havia

havia introducido, era perniciosa à la Republica, y producia malos efectos. Por lo que haviendo llegado al cargo de Auditor del Papa, con beneplacito de este, se convocò una Congregacion de Reformacion para corregir este, y otros excessos, que llama *relaxatam justitiam*. Y en terminos de Acreedor anterior al Mayorazgo, feudo, ò fideicomisso, que su Posseedor no pueda tener accion para sus alimentos, lo funda en el *discurs. 78. de Feudis, n. 7. y 8.* y en el *discurs. 79. n. 9.* procediendo conforme con el Sr. Salgad. *dict. cap.* 24. y en el caso de Acreedores del mismo Posseedor *dict. discurs. 79. de Feud. n. 9. & 74. eodem n. 10. Fideicommiss. disc. 170. n. 14. & 171. n. 4. &* 8. haciendo la reflexion, por lo respectivo à aquellos Acreedores, de serlo del Fundador del Vinculo, ò Fideicommisso, con quien nadie puede concurrir: y por lo que mira à estos para excluir al Deudor sus alimentos, el que los frutos son proprios suyos, y como tales los puede obligar, y los Acreedores pagarse de ellos; separandose solo del Sr. Salgado, y su opinion en quanto à los Duques, Grandes, y demàs Titulos, porque esto (dice) procede por estylo particular de este Reyno.

119. Y aunque contra lo referido se nos puede hacer alguna instancia con las repetidas determinaciones de la Sala, mandandole dar à Doña Theresa diferentes cantidades para sus alimentos, tenemos por satisfaccion el justo proceder de la Sala fundado en la opinion de Bolero *de Decoct. Debit. Fiscal. tit. 3. quæst. 5. per tot. præcipuè ex n. 5. 9. & 11.* en que con muchos AA. permite, se puedan dar semejantes alimentos *solùm pendente judicio venditionis, seu adjudicationis bonorum ad beneficium creditorum, & dùm hoc discutitur, & an bona sufficiant,* con la *ley fin. §. Quòd si ei. C. de ordin. cognit.* ibi: *In eum diem, in quo controversia sopiatur; ita ut ex eisdem (si aliqua alia facultas esse non poterit) tantùm litis sumptus, & alimonia homini subministretur, quantum moderato judicio arbitrio fuerit æstimatum.* Para cuya comprobacion tenemos la ultima determinacion de la Sala de 21. de Julio deste año, en que con la qualidad de por aora se le han mandado librar 200. ducados en cada uno. Pero no dudamos, que llegando à determinarse este punto difinitivamente, se mandarà volver, y restituir todo lo mandado librar por este motivo: *ex his, quæ docent* D. Covarrub. *practic. cap. 6. n. 7. ubi Addentes, &* D. Molina *de Primogen. lib. 2. cap. 16. ex n. 41. ad 44. ubi Addentes.*

FUNDA-

FUNDASE, QUE LA RENTA, QUE DEBE PAGAR D. BLAS Blasquez por el Oficio de Padre de Menores, son 4U. rls. vellon en cada un año.

120. Contemplamos este punto *potiùs facti, quàm juris.*; por lo que podrèmos aplicar aqui los lugares, que dexamos citados *suprà n.* 1. y especialmente el del Cardenal de Luca: *Majoris ponderis, ac valoris esse unam unciam dicti, quàm centum libras juris.* Y asi solo debiamos satisfacer à la pretension de Doña Theresa de Hermosilla con la Escritura otorgada en 17. de Noviembre de 738. entre su Marido, y Don Blàs, por la que ajustaron los emolumentos de la Vara por el tiempo, que este la gozasse, en los quatro mil reales de vellon cada año, à pagar en cierta forma. Pero nos hemos de separar de que tal Instrumento huviesse, y ponernos en los terminos de que el Oficio lo huviesse entrado à servir, sin pactar el quanto de la renta: que es lo que se puede desear por Doña Theresa. En este estado tenemos la regla de derecho: *Pretia rerum non ex affectu, nec utilitate singulorum, sed communiter fungitur: l. Pretia, ff. ad leg. Falcid.* y la question tocada por Antonio Gom. *Variar. lib. 2. cap. 2. n. 9. & cap. 3. n.4.* en que inquiere, què precio se deba dar à las alhajas, que se entran à gozar, quando no se ha determinado el quanto. Y con los muchos AA. que recopilan sus Addentes, se và de conformidad, que el precio, que se debe satisfacer, es aquel, que se ha acostumbrado pagar. Con quien tambien và el Hermosilla *l. 56. tit. 5. part. 5. gloss. 6. ex n.* 119. *& signantèr n.* 121. donde assegura ser la opinion mas recebida, el que la pension justa es la que se ha acostumbrado dàr.

121. Bien se ha reconocido lo solido, y fundamental de esta opinion; pero para alterarla, y dàrle à la Vara mayores emolumentos ha procurado Doña Theresa valerse de dos medios. El primero de un Testimonio, por el que consta, que la Vara ganaba en los años de 675. y 76. 600. ducados de vellon. Y el 2. de una Probanza de tres testigos, con quien dice, tratò de arrendarla: que el uno dice, la ajustò para Don Bernabè Aldana en 500. ducados al año, y 500. pesos de regalia: el 2. que nada dice: y el 3. que de hecho proprio contexta, solicitò la Vara, y se allanò à dàr 18. reales cada dia, por haverle assegurado Doña Theresa, se los pagaba Don Thomàs de la Torre, su antecessor en el exercicio de ella.

122. No dudamos, que la Sala tiene presente, *quanta fides habenda sit testibus: l. 3. §. Ideoque ff. de testib.* y para estas materias de contratos el lugar especial de Antonio Gomez *Variar. lib. 2. cap. 1. n. 3. in fin.* ibi: *Aliud est præparatio contractus, aliud ipsemet contractus::: ex quo deducitur, & infertur, quòd licèt testis dicat , quòd interfuit tractatui, & non conclusioni*

actus,

actus, vel contractus, non probat: porque es menester esperar à la ultima, y perfecta convencion de las partes, baxo de cuyos supuestos se conoce la ninguna Probanza, y justificacion, que à su favor puede sacar Doña Theresa de dichas deposiciones, una singular, y en un acto no perfecto, y consumado; y otra fundada en el supuesto de que la Vara ganaba 18. rls. baxo la fee de Doña Theresa.

123. Y para que se reconociera assi lo que havia ganado al Lic. Don Thomàs de la Torre, como lo que debia ganar, se presentò la Escritura de arrendamiento hecha por dicho Don Thomàs en 20. de Mayo de 712. en que Don Miguèl Tello, Suegro de Doña Theresa, la arrendò en 4ŋ. rls. cada año, hasta que se publicassen las Paces generales, y dos despues; y en 5ŋ. rls. en los dos años siguientes, y passados en 6ŋ. rls. cada año, en consideracion de que en este tiempo avria cessado la inopia, è injuria de los años, y mejoradose, como antes. Y tambien presentò varios Testimonios, en que constan distintas Decisiones en conformidad de la que se tomò en la Real Camara en 5. de Marzo de 716. por las que se mandaron baxar las rentas de los Oficios de Camara, Escribanias publicas, y de Justicia, y Varas de Alguaciles de la Audiencia, y de los Veinte à la tercia parte de la renta de la que antes ganaba: y aun en algunos Oficios se baxò mas de la tercia parte, todo fundado en la miseria, y calamidad de los tiempos.

124. Si esta subsiste, ò no en nuestros tiempos, y en la aplicacion de las Decisiones, no nos hemos de detener por su notoriedad, mayormente, quando està calificada con el hecho de haver continuado Don Thomàs de la Torre, pagando los 4ŋ. rls. hasta que muriò, en cuyo tiempo comprehendiò al Suegro de D. Theresa, y à la Real Hacienda, que se la arrendò en la misma cantidad, interin que se sacaba, y ponia corriente el Titulo por el nuevo Posseedor, y cuyo arrendamiento se reconoce estàr proporcionado à las Decisiones del Real Acuerdo, y Camara, por estàr rebaxado el tercio de la cantidad, que antiguamente ganaba la Vara, observado por mas tiempo de 27. años, quando 10. son bastantes en el concepto del Cardenal de Luca *de Praeminentiis, disc.* 11. *ex n.* 5. *ad* 12. para regular el verdadero, y rigoroso valor de los arrendamientos, y annuas soluciones: y assi podemos en este articulo decir à Doña Theresa de Hermosilla con el Emperador Diocleciano, y Maximiano *in leg. Excepto*, 18. *C. de locat. Sequentis temporis fructus, quos tibi juxta praeteritam consuetudinem deberi constiterit, redi tibi Praeses Provinciae jubebit.*

COROLARIOS.

125. DE todo lo referido resulta lo 1. quedar satisfecho el reparo, que en Estrados se opuso à los herederos de Doña Ana Serrano sobre que no eran partes para litigar el punto principal sobre la excepcion de la cosa juzgada, y subsistencia del tributo, y principalmente para el Articulo de la Assignacion de Alimentos, que pretende Doña Theresa: à que se satisfizo plenamente *ore tenùs*, y oy se hace precisso manifestar las doctrinas, que se reducen a que aunque es cierto, que los herederos han vendido el principal, y reditos, que se declarare pertenecerles, à Don Blàs Blasquez, sin embargo haviendo ocurrido *in limine venditionis*, y antes de la entrega total del precio la nueva demanda de Doña Theresa, tiene derecho Don Blàs Blasquez, como Comprador, para retener el precio, hasta que se le sanee la venta, y se le entregue libremente lo que se le vende: *ex textu expresso in l. Si post perfectam, C. de Evict. & l. penult. §. fin. ff. de peric. & comm. rei vend.* y con ellos Gomez *Variar. lib. 2. cap. 2. n. 39. vers. Quod limita.* D. Castillo *Controvers. cap. 42. ex n. 61. & 71.* donde trae dos Decisiones de esta Real Audiencia, y con ellas el Sr. Olea *de Cess. tit. 5. q. 13. n. 24. in fin.* En cuyo caso de eviccion, ò en los demàs, que aya lugar, sea citado, ò no el Vendedor, puede salir à los Autos *absque aliquo mandato pro suo proprio interesse*, como continua el Gomez *dict. n. circa medium vers. Item adde*, con el texto especial *in l. Si partes, C. de Evict.* con quien vàn sus Addentes, y el Hermosilla *in l. 33. tit. 5. partit. 5. gloss. 3.* y el Guzman *de Evict. quæst. 6. per tot.*

126. Segundo: que Doña Theresa de Hermosilla baxo de la representacion del actual Posseedor del Mayorazgo no debe, ni puede ser oida contra las Executorias de la Sala, ni aun en el concepto de nuevo Posseedor, à quien es notorio en derecho, que no le obsta la cosa juzgada, quando no se han hecho las debidas defensas: *l. Ex contractu, 44. ff. de re judic.* ibi: *nisi culpa tutorum pupilla condemnata est. l. Si servus plurium, 50. §. 1. de legat. 1.* ibi: *si hæreditatis judex contra hæredem pronuntiaverit, non agentem causam, vel lusoriè agentem, nil hoc nocebit legatariis. §. 2.* ibi: *sed si subjecit delatorem sibi, ut ei hæreditas adjudicetur, ET ONERIBUS CARERET, VEL MINUS PLENE DEFENDIT CAUSAM: non se exonerat exemplo ejus, qui collusoriè de hæreditate litigavit: & cum eis D.* Salgado *Labyrint. p. 3. c. 1. n. 116. & de Supplicat. p. 1. c. 12. n. 11. Molin. de Primogen. lib. 4. c. 8. n. 7. ubi Addentes, Castillo Controvers. tom. 6. c. 157. quos, & alios citat D. Salgado.* Pues en el caso presente se han hecho todas, como llevamos fundado, y quando no huviessen hecho, y se estuviesse oy litigando la subsistencia del

tribu-

tributo, no podia obtener libertad el Mayorazgo, como dexamos fundado en el Punto 2. *ex n.* 41.

127. Tercero: que aunque para dar colorido à esta especie de indefension, se han querido syndicar por Doña Theresa de Hermosilla las operaciones de Don Blas Blasquez, alegando en la Sala, en nuestra presencia, y publicando injustamente que la Executoria, en que se declarò afecta la Vara al tributo, havia caido por su omission, y negligencia en las defensas, que debiò practicar, prescindiendo de lo indecoroso, y menos arreglado destas alegaciones, y voces, por comprehender en ellas à todos los que patrocinaban la causa, y el desprecio de la sabia, y justa disposicion de los Emperadores Diocleciano, y Maximiano *in l. unic. Ut quæ des. advoc. part. jud. suppl.* sin embargo se ha convencido de temeraria, y agena de exponer à tan superior Tribunal esta alegacion: porque la Executoria cayò en 20. de Diciembre del año de 736. *ut suprà n.* 8. en tiempo de Don Miguel de Villegas el Mayor, Suegro de Doña Theresa, y exerciendo la Vara el Licenciado Don Thomàs de la Torre, quando no pensaba vacar su uso, ni el Mayorazgo, ni vacaron hasta fines del año de 37. y principio del de 38. ni menos Don Blas pensaba, quando cayò la Executoria, ni mucho despues, hasta que acaeciò la muerte del Posseedor del Mayorazgo, y del que usaba el Oficio, entrar en èl. Sobre cuya alegacion nos parece, recae el juicio del Cardenal de Luca *in Relatione Romanæ Curiæ, discurs.* 46. *n.* 117. que aunque le sea permitido al Avogado *justè opinanti deducere motiva irrelevantia*: : : *dummodò tamen absit mendacium positivum, in quo est punctus*: no excusandolo de pena por esta injuria, ò convicio.

128. Quarto: q̃ para sostener este intento, y alegacion contra el dicho Don Blas, viendose convencida Doña Theresa por la coarctada contra la Executoria expressada en el numero antecedente, mudò de medio, ò lo aumentò, suponiendo, que la colusion, ò indefension, que havia causado Don Blas, havia procedido en la demanda, que despues de la Executoria del año de 36. pusieron los Herederos de Doña Ana Serrano sobre que se declarassen comprehendidos los reditos del Censo en el Auto de Revista, en cuya pretension obtuvieron en 27. de Agosto de 738. como consta *ex n.* 9.

129. Bien merece esta expresion de Doña Theresa la misma pena prevenida por el Cardenal de Luca *suprà n.* 127. y nota, que en èl advertimos à la alegacion, contra Don Blas, para que cayesse la Executoria del año de 36. Pero como este Articulo sobre que se declarassen comprehendidos en ella los reditos, tuvo su principio, como consta *Memorial n.* 22. desde 29. de Abril del año de 37. y terminò con la Providencia Declaratoria de estar comprehendidos los reditos en la Executoria de 27. de Agosto del año de 38. *ut suprà n.* 9. y desta Providencia resultò otro Articulo, y demanda, que pusieron dichos Herederos sobre que se declarasse, que los

re-

reditos, que se debian pagar, eran de 50. años, vencidos hasta fin del de 28. por tener ya sentencia de remate por los 9. y 2. tercios siguientes hasta el del 738. y cuya ultima demanda està conclusa, y vista en 20. de Noviembre de año de 738. y sin determinar, por haver en este tiempo Doña Theresa pedido los Autos, y entregadosele, y puesto la ultima, y nueva demanda contra la Executoria, en 11. de Marzo de 39. sobre que se declarasse por libre la Vara del tributo: *ut suprà n.* 10. *ad* 12. en cuyo tiempo ya usaba el Oficio Don Blas Blasquez, como es notorio, por haver entrado en èl desde principio de 738. es precisso por su honor repeler semejante injuriosa, è irregular alegacion, y manifestar la verdad, y excessiva defensa, que consta de los Autos haverse hecho.

130. Para esto debemos suponer, que Doña Theresa de Hermosilla, durante la ausencia de su Marido, otorgò un Poder General à Don Blàs Blasquez en 27. de Mayo de 1737. y Don Miguèl de Villegas, luego que vino à esta Ciudad, le otorgò otro en fecha de 4. de Septiembre de 1738. de que consta en el *Memorial n.* 33. De cuyos Poderes es notorio no haver usado Don Blàs Blasquez, ni para el seguimiento de los Autos, porque lo tenia particular Francisco Navarro de dicha Doña Theresa, y despues de su Marido Don Miguel, en virtud de los quales se siguieron los dos Articulos sobre los reditos, *de quo suprà n.* 10. *y* 11. Y la mayor prueba de ello es, que la primera saca de dichos Poderes la hizo en el año de 39. la dicha Doña Theresa, quando los presentò en los Autos, para los quales solo se podia necessitar: pues ni Doña Theresa, ni su Marido tienen absolutamente mas bienes, que el Mayorazgo, ni este absolutamente mas finca, que la Vara.

131. Bien pudieramos negar, si procedieramos de mala fee, que de semejantes Poderes tuviesse noticia Don Blàs, porque nadie està seguro de que otra persona le otorgue un Poder, sin saberlo el Apoderado, por ser este un acto voluntario; pero amamos la verdad, y confessamos saberlo Don Blàs por la intimidad, y parentezco, que tiene con Doña Theresa, y sus hijos. Y baxo de este supuesto, y tambien el que permitimos *sine veri præjudicio*, que huviesse usado de ellos para la defensa de los dos Articulos de los reditos, hemos de manifestar las defensas, que se hicieron en los Autos, para que se vea, si los Procuradores, que nada tienen en ellas, ni en las alegaciones, y tres Avogados, que en tres distintos tiempos las hicieron, y consta de los Autos, cumplieron con su obligacion, è instituto.

132. Luego que se pidiò por los Herederos de Doña Ana Serrano, que se declarasse estàr comprehendidos los reditos en la Executoria principal, opuso à esta accion, que podemos decir inevitable, el primer Avogado de Doña Theresa la excepcion de no deber responder por falta de habilitacion, y que la demanda se debia entender con su Marido ausente: cuya

cuya excepcion continuò su segundo Avogado, exornandola con alegaciones, è Instrumentos proporcionados. Y haviendo mandado la Sala, que respondiesse, habilitandola para ello, en caso necessario, pretendiò la absolucion de esta pretension el segundo Avogado, y continuò el tercero hasta la determinacion definitiva por los medios de la prescripcion de reditos, y de la accion ordinaria por el transcurso de los 50. ò 60. años, que aunque se debieran algunos, solo à Doña Theresa, y su Marido se les podia pedir los de un año de su possesion, y los demàs se debian pedir à los antecessores, y que si sobre esto havian tenido omision los herederos, no debian imputarsele al Actual Posseedor, exornando estas alegaciones con toda la serie de los Autos antiguos, pretension de Doña Ana Serrano sobre el principal, Autos del Juez Ordinario, y de la Sala hasta la discordia del año de 83. suspension de ellos hasta el de 20. substraccion de la Provision de Informe del Real Consejo, que todo influìa el haverse pagado, y redimido el Censo, ò declaradose libre por alguna ultima sentencia, que tambien se podria haver substraido de los Autos, como la Provision: y que en la Executoria del año de 36. aunque se mandò reconocer el principal, nada se mandò sobre reditos: por lo que en rigor se podrian demandar desde que esta cayò en adelante, y no antes: *ut constat Memor. ex n. 22. ad 30.*

133 Si con estas defensas exornadas con mas extension en los varios pedimentos, que todos tres Avogados formaron, no se cumpliò sin embargo de caminar por un camino tan estrecho, como el del respecto à la Sala, y el de las personas, que la componen, y pronunciaron el Auto de Revista del año de 36. *ut in Memor. à n. 21.* quando apenas se halla camino para ir contra una Executoria de existencia de Censo, que por necessidad tiene relacion à reditos, ò no se halla alguno, *ut diximus n. 24. & 27. QUIA SENATUS NON ITA JUDICAT, UT HÆC IMPUTARI EI VALEANT*: y huviere quien adelantare otras, no de aquellas, que dice el Cardenal de Luca *de Succession. disc. 15. n. 6. Quàmvis ipsis Advocatis parùm fundata videantur*: ni de las que manifiesta *de Testament. disc. 73. n. 26. Aliàs etiam conclusiones ex abundanti deducunt ad consilii ornatum*; sino de las que practican los Avogados de Tribunales Superiores, de que hace loable mencion *de Fideicommiss. disc. 42. n. 22.* ibi: *Curiæ stylus strictè, & quò magis, breviùs, eò laudabiliùs, insistendis super motivis ad rem facientibus, effugiendo superfluas evagationes*: le dirèmos con Crasso *apud Cicer. 2. de Oratore: Si, inquit, nullum erit testamentum rectè factum, nisi quod tu scripseris, omnes ad te cives cum tabulis veniemus: omnium testamenta tu scribes unus.*

134. No podemos dexar de hacer una reflexion para concluir en esta tercera ilacion, ò Corolario: y es, que aun quando se verificasse alguna especie de colusion en Don Blas Blasquez, ò en los demàs, que intervinieron en la defensa de la causa, por lo respectivo à reditos, ningun perjuicio

se le ha seguido hasta oy al Mayorazgo, ni à su Posseedor, respecto de estar conclusa, vista, y sin determinar, la demanda sobre que se declare, se deben pagar los reditos vencidos de 50. ò 60. años *ut n.* 11. en que podrà Doña Theresa augmentar quantas defensas quisiera, para libertar una finca de un Censo, que existe por Executoria, y de sus reditos, que no se han cobrado por la litispendencia, y demàs motivos, que constan de los Autos: siendo digno de reparo, que en este Articulo, que podemos todavia contemplar abierto para admitir defensas, no se hagan; y en el punto de la subsistencia del Censo executoriado se haya puesto una accion *ex diametro* contraria: lo que dexamos à la consideracion de tan Superior Tribunal; sino es, que disculpamos à Doña Theresa con lo que en otra semejante accion dixo un Lucio Ticio *in l.* 88. *ff. de legat. & fideicom.* 2. §. 1. ibi: *Lucius Titius hoc meum testamentum scripsi sine ullo Jurisperito, rationem animi mei potiùs sequutus, quàm nimiam, & miseram diligentiam; & si minus aliquid legitimè, minus ve peritè fecero, pro jure legitimo haberi debet hominis sani voluntas.*

135. Quinto: se infiere ser mas injusta la syndicacion, y mala fee, que se le atribuye à Don Blas en haver comprado de los Herederos de Doña Ana Serrano el principal del tributo de 8800. rls. de plata por Escritura otorgada en 21. de Diciembre del año passado de 738. y los reditos, que se les debiessen, segun lo que se declarasse por la Sala: à cuyo fin se le nota haver cōspirado en no haver hecho las legitimas defēsas para evitar la Executoria en lo principal, y en los reditos. Y por ser este el mas injusto procedimiēto de que se le nota, necessita su honor de mayor defensa, y de mejor pluma para con la mayor concission no omitir el mas leve punto. Pero aunq̃ en algo nos dilatemos, se nos ha de permitir sobre esto alguna extension, por ser oy lo mas delicado del assumpto, y sobre q̃ se ha hecho el mayor esfuerzo por el medio de un recurso à la Superioridad, como si la de la Sala no la tuviesse por bastante D. Theresa: *Ut lite pendente, vel post provocationem, aut definitivā sententiam nulli liceat Imperatori supplicare, C. eo tit. & l.* 3. ibi: *Quod si fecerit, desiderio suo carebit, & ignominiæ pœna notabitur*: pues de estos recursos se usa, *quoties manifestum apparet gravamen, & remedio ordinario subveniri non valet supplicans: ut ex* Maldonad. *de Secunda Supplic. tit.* 6. *q.* 2. *n.* 13.

136. Y para que en esto procedamos con la debida claridad, debemos suponer, por hecho constante, y que resulta de los Autos, *Memor. n.* 38. que Don Blàs Blasquez se hallaba Acreedor contra Don Miguèl Tello, y su Muger Doña Theresa de 20920. rls. vellon de varios suplementos, que le havia hecho para su vestuario, alimentos, enfermedades, y poner corriente el Titulo del Oficio, de que le otorgaron Escritura en 6. de Noviembre de 738. en que intervino su Hijo Menor, immediato Successor, precediendo Informacion de utilidad, Decreto Judicial, y demàs requisitos de derecho. Y despues en 17. del mismo le otorgò otra Don Miguèl, arrendandole

dandole los emolumentos en 4y. rls. dexandole 1800. para ir extinguiendo el mencionado credito de 20920. reales.

137. En este estado se hallaba Don Blàs Blasquez, quando supo, que los Herederos de Doña Ana Serrano, y del Lic. Don Juan Perez de Ribera, Dueños del Censo, lo pretendian vender, y sus reditos vencidos, à causa de ser muchos los interessados, y todos pobres, pues por tales se les defiende en los Autos, y que para efecto de la venta havian estado los Titulos del tributo en poder del Lic. Don Pedro de Montemayor, y Don Diego Alfaro. Y previendo el imminente riesgo, que le sobrevenia, y al Mayorazgo, y sus Posseedores, porque unicamente tienen esta finca redituosa, y no otra, y que entrando el tributo en una mano muerta, era precisso, que por los reditos, y el principal distraxera esta su unica alhaja, quedando perdido su credito, y sin tener los Posseedores del Mayorazgo el mas leve recurso para alimentarse: solicitò de los Acreedores el que se conviniessen à cobrar à plazos, *Memor. n.* 47.

138. No pudiendo concordarlos, sin embargo de las varias juntas, que tuvo con sus Avogados, porque la pobreza, y numero de aquellos no permitia, que los 4y. rls. de renta del Oficio fuessen bastantes para socorrerles, è irse haciendo pago de sus reditos, y al mismo tiempo alimentar al Posseedor del Mayorazgo, por lo que insistian en la venta: tomò la resolucion Don Blàs, precediendo dictamen de los Avogados de su satisfaccion, de comprar el principal del tributo, y los reditos, que se declarasse por la Sala se debian, precediendo noticia (aunque no se necessitaba) de Doña Theresa de Hermosilla: *Memor. dict. n.* 47. Y se otorgò Escritura en 21. de Diciembre del mismo año de 738. ante Joseph Paez Herrero. De cuyos hechos incontrastables nos hemos de hacer cargo para escrupulizar, si en ellos procediò Don Blàs con dolo, ò con otro medio en algo reprehensible.

139. Si queremos deducirlo de que al mismo tiempo, que esto se executaba, se hallaba en Don Blàs la qualidad de Administrador, ò Apoderado de Don Miguèl, y Doña Theresa por los Poderes, que anteriormente tenia de este año, y del de 37. *ut suprà n.* 130. y de lo dispuesto por la *ley* 23. *tit.* 11. *lib.* 5. *Recop.* que previene, que *ningun Cabezalero, ò Guarda de Huerfanos, ù otro hombre* ::: *no pueda comprar ninguna cosa de sus bienes de aquel, ò aquellos, que administra, y si la comprare publica, ò secretamente* ::: *no vala, y sea deshecha, y torne el quatro tanto*: y lo que con esta ley dixo Matienzo, y Azevedo, *ibi*, y con su Concordante, que es la 4. *tit.* 5. *part.* 5. y Hermosilla *gloss.* 9. 10. *y* 11. Carpio *de Executor. testam. lib.* 3. *cap.* 3. *ex n.* 43. y Gutierr. *de Tutel. part.* 2. *cap.* 15. *per tot.* no hallamos alguna proporcion: porque esta ley procede en los terminos de que el Administrador compre los bienes del que administra; pero no de otro tercero. Ni es extensible à este caso: pues se infiriera el absurdo de que un Administrador à na-

die

die pudiera comprar. Y en el presente no comprò Don Blàs de Doña Theresa, ni de su Marido, è hijo.

140. Y aun quando huviesse comprado, no estaba sujeto à la ley, porque en la opinion de Matienzo ibi: *gloss. 2. n. 7.* aunque uno sea Tutor, como no le estè decernida la Administracion, se contempla como un extraño, y puede comprar: *ex l. Tutores, 6. ff. de auct. tut.* ibi: *Tutores, quibus administratio decreta non esset, tamquàm extraneos rectè à pupillo emere placet.* con quien và el P. Molina *de Justit. tract. 2. disp. 224. n. 15.* Gutierrez *dict. loco n. 20.* Yendo estos AA. conformes en que la misma libertad tiene el Tutor, que acabò su Administracion, porque como odiosa, y penal solo tiene su fuerza en el caso, que expressa, que es el de la actualidad de la Administracion. Y por la misma razon lleva el Gutierrez *n. 22.* no ser comprehendido en la referida ley 23. el Executor del Testamento. Y el Matienzo *dict. gloss. 2. n. 5.* el caso prevenido en la *ley 56. Tutor rerum. ff. de auct. tutor.* que es, quando el Tutor vendiò bienes del Menor, y por no haverle pagado el Comprador su precio, los retuvo, y en su cuenta diò por recebido el precio. Dudòse, si el Menor podia vindicar los bienes vendidos, y respondiò el J.C. (Scævola) *Secundùm ea, quæ proponerentur, pupillum ea vindicare non posse.* Ni el caso de justa causa, v. gr. el derecho de sangre, tampoco procede la prohibicion, *ut firmat* Gutierrez *dict. loco n. 18.*

141. No diò muchas extensiones à los Tutores el Sr. Olea *tit. 2. q. 6. per tot.* por ser uno de los AA. que procediò rigoroso contra ellos, separandose de la razon comun, que traen, para que el Tutor no pueda adquirir, que es la de ser persona poderosa respecto de su Menor: y trayendo *n. 6.* la razon de esta prohibicion, que es, *ne cessionis quæsito colore tutores in bona minorum fraudes machinarentur,* lo que les fuera facil, si se les permitiera adquirirlos; sin embargo, todo el rigor, que lleva, lo limita desde el *num. 13. quando debitum, quod Curatori ceditur contra minorem, dùm curam ejus gerit, vel post eam finitam, clarum, & liquidum esset: ita ut nulla tergiversatione posset inficiari, VELUTI SI CEDERETUR CENSUS:* dando la razon, porque fuera iniquo, que el Menor no le satisfaciesse la cession, y se locupletara *cùm alterius jactura.* Y asi cessando fraude, dice *dict. num.* le es licito al Tutor adquirir el derecho del Acreedor del Menor.

142. Pone diferentes casos por exemplo. Pero siendo el primero el que comprehende las circunstancias principales de esta ilacion, no podemos omitir sus palabras, ibi: *Vel si eo animo dimitteret creditorem pupilli, ut in ejus locum succederet, ET JUS PIGNORIS, QUOD CONTRA PUPILLUM EX POSTERIORI CAUSA HABEBAT, CONSERVARET, ut in individuo docet Anton. Faber dict. illat. 89.* estando tan firme en esta opinion, que haviendolo querido entender en otro sentido, y citadolo para ello en el *n. 71. de la decis. 51.* añadida à su Obra, y aprobada por los Pro-

fessores

fessores de la Universidad de Lobayna, no asintiò à ello; y concluye el n. 15. *quare nostræ sententiæ iterùm acquiescimus, juxta quam judicatum refert Joann. Dexart.* y continua *dict. num.* ampliando lo que havia dicho en esta question à otra especie de Administradores; pero dudando, si la prohibicion comprehendia à los de Concurso, porque *in individuo nullum vidisset interpretem:* en cuyo tiempo supo estaba escribiendo el Sr. Salgado, à quien comunicò su Obra de Cesion en esta question, y en las siguientes hasta la 10. del *tit.* 5. *& quæst.* 10. *tit.* 17. y despues de haverse publicado el Labyrintho, và conforme con el Sr. Salgad. *p.* 1. *c.* 13. *§.* 2. *per tot.* en que el Administrador del Concurso puede adquirir semejantes cessiones, porque en ellos no militan las razones prohibitivas, que en los Tutores.

143. Evidenciado no haver el mas leve indicio de dolo en la compra, que hizo D. Blàs por titulo de Administrador, ò Apoderado, y q̃ como tal no està prohibido de adquirir, unicamente nos queda manifestar lo mismo por razon de la prohibicion deducida *ex l. Per diversas, & l. Ab Anastasio, C. Mandat.* en que se prohibe generalmente à todos comprar acciones en menor precio, baxo de la pena de no cobrar mas, que lo que efectivamente pagaron, y de que tratò latissimamente el Sr. Olea *de Cess. tit.* 6. *q.* 10. *per tot.* D. Salgad. *Labyrint. dict. p.* 1. *cap.* 13. *§.* 2. y de cuya materia es incidente no solo el caso, que dexamos dicho de la prohibicion de adquirir el Administrador, sino tambien las demàs prohibiciones, que ay en los *tit. C. de litigios. ff. & C. de alienat. judic. & C. Ne liceat potentior.* como lo insinuò dicho Sr. Olea *dict. q.* 10. *n.* 58.

144. Entra este Author desde el *num.* 53. à tratar las opiniones de los AA. sobre los dichos dos textos capitales, unos, que rigorosamente llevan no poderse pedir mas precio, que el pagado, y otros, que indistintamente llevan no poder el Deudor oponer la injusticia de la cessión, y que està obligado à pagar integramente la cantidad cedida: y refutando al *n.* 54. la generalidad de uno, y otro sentir, porque fuera iniquo, que el Deudor no lo pagara, y por este medio se prohibiera, el que alguno comprara creditos; y por lo contrario, admitida con generalidad la paga de parte del Deudor, no tenia efecto la decission de dichas leyes: pone su sentir al *n.* 55. distinguiendo entre deuda cierta, de que *constat per instrumentum, SENTENTIAM, vel alium titulum,* la que dice, se puede comprar en menos precio, sin que por el Deudor se pueda oponer de injusticia de la cession: ò deuda, ò derecho incierto, *quod discussum, & certum adhuc non est, sed deduci necessariò debet in controversiam judicialem:* en cuyo caso procede la decission de dichos dos textos, que fueron à prohibir las enagenaciones, que se hacian con el fin de vejar con pleyto à los Deudores, y coercer à los *Redemptores litium alienarum,* como es literal *dict. leg. Per divers.* De cuya separacion de casos và infiriendo *in specie* para los muchos, que toca *dict. quæst.* 10.

145. De esta misma opinion fue el Sr. Salgad. *dict. p. 1. c. 13. §. 2. per tot. signantèr n. 14. & 21.* explicando dichos dos textos, y en el *n. 25.* en que dice, no proceden para con los Administradores; sinó para con aquellos, que compran creditos dudosos, è inciertos *viliori, & infimo pretio, eo solo animo vexandi debitorem, & mala fide; & ob hanc malitiam punitur emptor; cùm aliàs, ubi hæc ratio, & animus emptoris cessat, omni jure permissa est nominis emptio, ibi n. 26.* expressando, que la decision de dichas leyes se debe contener *intra cancellos suos, & non extrahenda ad alios terminos.* Y contrayendo desde el *n. 32.* estas razones à las compras, que se hacen de Censos en menos precio del de su imposicion, con la practica universal de España, que assegura *n. 38.* concluye contra los de opinion contraria con esta exclamacion: *Quis enim tam stultus erit, qui, dum possit sua pecunia emere aliàs merces, vel fundos, & statim eorum tutè apprehendere possessionem, quod vellet nomen debitoris, vel Censum suo justo, & rigoroso pretio emere exigendum, cum tot expensis, periculis, & longissimis dilationibus, ac laboribus?* Y concluye el capitulo *n. 50. & 51.* diciendo, no halla camino, por el què pueda el Deudor, ò Acreedores de un Concurso impedir al Administrador, el que cobre reditos, y principal del Censo integramente, porque si algun derecho ay, este le tiene el Vendedor del credito, y de *jure tertii nemo opponere potest, quæ specificè sequitur* Luc. *de Regalib. discurs. 33. n. 6. & 7.*

146. Este Author llega à tratar esta materia, y explicar los referidos dos textos *de Testam. discurs. 89. n. 15. de Fideicom. disc. 172. n. 7. de Alienat. disc. 11. n. 19. plenè de Tutor. & Administrat. disc. 12. per tot. de Credit. discurs. 60. n. 11. & 14. & disc. 149. n. 3.* y và conforme con las opiniones del Sr. Salgado, y el Sr. Olea, à quien cita, y sigue, y dice ser esta una question de hecho, en que no se puede dàr regla fixa para inferir la buena, ò mala fee del Administrador; sino que se debe atender al merito, y calidad de este, circunstancias de los Autos, certeza del credito, que compra, y si ay causa probable, que la motivò, ò fue voluntaria, y afectada la adquisicion. Cuyas circunstancias todas concurren à favor de Don Blàs Blasquez, mayormente quando este tuvo el justo motivo para tomar en sì el Censo (prescindiendo de contemplar el de afeccion à los Posseedores del Mayorazgo, y sus hijos) que fue el que señalò el Sr. Olea *suprà,* de conservar su credito por razon del anterior, en que sucede: y el mismo, que señala el Cardenal de Luc. *de Cred. disc. 14.* en caso, como el nuestro, de Acreedor, que comprò en menos precio *ad se tuendum in possessione, ac repellendum tertium molestantem, ANTERIORA, VEL POTIORA jura obtinere studet, dictarum legum dispositio non intrat, ejusque industria prohibenda non est: ibi n. 2.*

147. Con lo dicho hasta aqui nos parece, queda evidenciado el justo proceder D. Blàs Blasquez, y repelidas las injustas notas, con que ha querido ofuscar su justicia D. Theresa de Hermosilla, ya que no podia por

justos

justos medios de derecho ponerlo en terminos de que perdiesse el precio, que havia dado por el tributo, dandose por libre de él à la Vara, y dexandolo sin recurso por el medio de eviccion contra los Vendedores, por excluirla su notoria pobreza, segun Marcial *lib. 2. epigram. 3. Debet enim, si quis solvere, Sexte, potest.* Y assi à las alegaciones, que se hacen por D. Theresa, queriendo inferir mala fee de hechos tan claros, y patentes, que le constaron, podemos decir con el Sr. Valenzuela *Consil. 180. n. 17. & 18.* en caso semejante de querer inferir dolo por un hecho de un Procurador: *Non licet, nec est in potestate nostrâ divinare*: con los textos *l. Si putator, 31. ff. ad leg. Aquil. l. Si Fidejussor, 29. §. Si cùm debitor, ff. Mand.* y los argumentos *forent enim speculationes frivolæ, & supervacuæ.*

148. Ultimamente para que nada omitamos, se puede oponer à D. Blàs el defecto de haver comprado una accion litigiosa prohibida *l. 1. & per tot. C. de litigios.* y en nuestro Derecho por la *ley 13. y 16. tit. 7. partit. 3.* las que comprehenden el caso de la enagenacion à persona poderosa, è imponen al Comprador sabidor la pena de perder lo que compra, y al Vendedor otro tanto, aplicado todo para la Camara. Sobre cuyas leyes tratò el Sr. Olea *de Cess. tit. 3. q. 11.* y en terminos de derecho comun el Cardenal de Luc. *de Alienat. disc. 40. per tot. de Censib. disc. 13. n. 2.* Pero vàn conformes estos AA. y especialmente el Sr. Olea *n. 10.* que las penas impuestas por dichos textos solo proceden, como es literal de ellos, quando el Reo demandado enagena, por el perjuicio, que le hace al Actor; pero no, quando este vende su accion, porque ningun perjuicio le hace al Reo: y lo mas principal, porque la ley no le impone pena alguna: y esta no se debe entender, sino es en los casos expressos en derecho: *ex l. Etsi quis, 14. §. Divus, ff. de Relig. & sumpt. funer.* ibi: *Non rectè facere; pœnam tamen in eum statutam non esse.*

149. Sin embargo no nos detenemos mas en esto, ni en la opinion del Sr. Olea, que manifiesta *n. 22.* de que la accion clara no se comprehende baxo de la decission destos textos: porq̃ las referidas dos Leyes de Partida limitan su prohibicion en los casos, que comprehende la 14. del mismo titulo, que el segundo es el de el pleito, *quando aquella cosa perteneciesse à muchos, è la quisiessen partir entre sì, ò enagenarla.* I en summa, el rigor de derecho comun, *quoàd effectus pœnales*, nunca lo ha admitido la practica judicial, *ut dicit Luca dict. disc. 40. n. 4.* y *quoàd effectus civiles*, que son *circa ordinem judicii, seu modum procedendi, ò circa nullitatem actus*, para que se verifiquen, es necessario, que el Comprador, y Vendedor no tengan causa alguna legitima, que los excuse, *ut n. 8.* Por lo que concluye *n. 9. hinc proindè rari sunt casus, in quibus hic secundus effectus* (nullitatis actus) *in praxi verificentur, nimiumque raræ sunt disputationes forenses in hoc puncto.* Y solo desearamos se nos diesse por parte de Doña Theresa otro camino mas seguro, que el que tomò D. Blas Blasquez de comprar el tributo, para indemnizar su credito, y

en algun modo poder amparar al Mayorazgo, y à la referida, è hijos: pues nosotros confessamos ingenuamente, no lo hemos hallado.

150. De todo lo que hasta aqui dexamos fundado, resulta, que los Autos deste Tribunal à favor de la subsistencia del tributo, proveidos en los años de 36. y 38. son Executorias: *ut constat ex n.* 15. *ad* 19. Que contra ellas no ay recurso: *ex n.* 19. *ad* 27. Que solo una nueva accion, y no alegaciones se puede oir: *ex n.* 28. *ad* 40. Que aun no haviendo tales Executorias, debe subsistir el tributo, sin embargo de la venta de la Hacienda, que hizo el Deudor del Censo: *ex n.* 41. *ad* 43. y del Poder, que aceptò D. Augustin Romero, y de haver pedido su Muger Doña Ana Serrano el capital: *ex n.* 44. 45. & 55. *ad* 62. y de las sentencias, que huvo en lo antiguo: *ex n.* 48. *ad* 55. y de estas unidas con la pretension de dicha Doña Ana: *ex n.* 62. *ad* 68. Que aun quando esta las huviesse consentido, no le perjudican, si efectivamente no percibiò el capital *irrevocabiliter, ex n.* 69. *ad* 86. Ni perdiò los reditos: ni menos huvo sobre ello Executoria: *ex n.* 87. *ad* 99. Y que aunque la huviesse havido, y tambien sobre el principal, no podia alterar la imposicion, y libertar la Vara: *ex n.* 100. *ad* 108. Que no se deben alimentos, en perjuicio de Acreedores al Mayorazgo: *ex n.* 109. ad 119. Que la Vara debe ganar la misma renta, que hasta aqui: *ex n.* 120. *ad* 124. Que son parte para las nuevas pretensiones, assi D. Blas, como los Herederos de Doña Ana Serrano: *ex n* 125. Que no ha havido indefension de parte del Mayorazgo, para evitar las determinaciones de los Autos de los años de 736. y 38. *ex n.* 126 *ad* 134. Que en la compra, que hizo Don Blas, del tributo, y sus reditos, obrò justamente, mirando por sus creditos, sin perjudicar al Mayorazgo: *ex n.* 135 Que no tuvo prohibicion por Administrador: *ad* 142. ni por comprar los reditos con la baxa, que le hizo su Dueño: *ex n.* 143. ad 147. ni por estar litigiosos: *n.* 148. & 149. Con que concluimos S. C. T. S. S. à quien pedimos lo que Plaut. *in Amphitr.*

Justam rem, & facilem esse oratum, à vobis volo:
Nam justè à justis justus sum Orator datus.
Nam injusta à justis impetrari, non decet.

Lic. Don Francisco Gomez de Sierra.

Lic. Don Juan Antonio Carvallo.